POR
DON IOSEPH SANtacruz y Robles, Cauallero de la Orden de señor Santiago.
En el pleyto
CON
D. IVAN DE AGVAYO Santacruz y Bocanegra, vezino de la Ciudad de Baça.



ACTOR demandante viene a ser en este pleyto dõ Iuan de Aguayo, y reo demãdado, el dicho don Ioseph, como posseedor del mayorazgo que fundò el Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, por si, y por doña Ynes de Mercado su muger, sobre la su cessiõ en propriedad del dicho mayorazgo. Y es el caso. Num. 1. *Propone quien sea el actor y el reo en este pleyto.*

En 21. de Enero de 1555. el señor Emperador don Carlos concedio facultad al Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, y a doña Ynes de Mercado su muger, para fundar mayorazgo de sus bienes en vno de sus hijos, o hijas, y en sus descendientes, y a falta dellos en otra persona, segun y como por la disposicion lo ordenaren, con facultad de poder quitar, y acrecentar, cor- Num. 2. *Deinde proponitur facti species.*

regir, reuocar, y enmendar en su vida, y al tiempo de su fallecimiento, y cada y quando quisieren, y por bien tuuieren.

En 18. de Abril de 1555. el Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, en virtud de la dicha facultad Real que le auia sido concedida a si y a su muger por ambos en escritura publica, dixo, que atendiendo a la obligacion que los Hijosdalgo tienen de conseruar y acrecentar la honra y memoria de su linage, y dexar persona en quien siempre florezca, y se acreciente, funda mayorazgo de todos sus bienes, y de los de su muger, que vá expressando, y lo instituye en cabeça de Gaspar de Santacruz su hijo, a quien llama en primer lugar. ¶ Y despues del en segũdo lugar a sus hijos y descendiẽtes. ¶ Y a falta dellos en tercer lugar a sus hijas, hermanas del dicho Gaspar de Santacruz, que dize son, doña Ysabel de Santacruz, doña Maria de Santacruz, y doña Iuana de Santacruz, y que se prefiera la que al tiempo de la sucession estuuiere por casar, porque halle mejor casamiento. Y excluye a dos hijas que tenia Monjas, que eran, doña Mencia, y doña Frãcisca, y a otra qualquiera que se metiesse en Religion. Y graua a el mayorazgo de que se doten las dichas sus hijas para que tomen estado, que como dicho es las nombra. ¶ Y en quarto y vltimo lugar llama a Gaspar de Santacruz su sobrino, hijo del Licenciado Bautista de Santacruz su hermano. Y reserua, conforme a la facultad Real, el alterar, mudar, o reuocar, añadir, o quitar, assi por testamento, codicilo, o por otra qualquier disposicion.

En 8. de Nouiembre de 1558. el dicho Licenciado, y doña Ynes de Mercado su muger, por escritura publica de capitulaciones matrimoniales dizen: que tienen concertado de casar a doña Maria de Santacruz, hija legitima de los susodichos, con Francisco Perez de Robles, hijo del Dotor Frãcisco Perez de Robles, y le prometen vn quento de marauedis, y el Licenciado Saluador de Bocanegra dize, que de sus proprios bienes promete a la dicha doña Maria de Santacruz, su prima hermana, quinientos mil marauedis.

En 14. de Febrero de 1568. el Licenciado Iuan Rodriguez

driguez de Santacruz otorgô su testamento in scriptis, con que murio, en que haze mencion de la fundacion del mayorazgo, y de los llamamientos, y discurre por cada vna de sus hijas, y en particular dize como tiene casada a *doña Maria de Santacruz Mercado su hija*, con Francisco Perez de Robles, y que le tiene pagada la dote. Y entre las demas clausulas, la tocante a este pleyto es del tenor siguiente. *Item mando, y digo, que yo llamé al mayorazgo a Gaspar de Santacruz mi hijo, y si muriesse sin hijos, estando por casar doña Iuana mi hija, que ella sucediesse en el, porque se casasse mejor, y assi lo mando. Y digo aora, que si, lo que Dios no quiera, el dicho Gaspar de Santacruz muriere sin tener hijos, o teniendolos muriessen ellos sin tenerlos, quiero, mando, y es mi voluntad, que sucediendo este caso, venga el mayorazgo al mayor de mis nietos varon que fuere nacido de qualquiera de mis hijas doña Maria de Santacruz y Mercado, y doña Iuana, y si no huuiere hijo varon, suceda la mayor hija de qualquiera dellas, prefiriendo siempre el varon mayor al menor, y el varon a la hembra, y la hembra mayor a la menor, como està dicho en la institucion del dicho mayorazgo, y esto quiero que se guarde y cumpla por esta forma e manera si el dicho mi hijo muriere estando casadas ambas mis hijas, porque estando doña Iuana por casar, està ya dispuesto, y aqui se dispone.*

Este testamento lo exhibio doña Madalena de Padilla, Monja Professa, y nieta de los fundadores, hija de la dicha doña Iuana, que parece, que en tiempo que no se imaginaua este pleyto, se dio autorizado por mãdado de la justicia en seys de Febrero de 1613. años, a pedimiento de doña Leonor de Padilla, hermana de doña Madalena, y viuda de don Iuan de Santacruz su primo hermano, hijo de Gaspar de Santacruz, cõ quiẽ casó cõ dispensacion. Y entre los papeles de la dicha doña Leonor dize y declara la dicha doña Madalena que estaua el dicho testamento. Y el protocolo del dicho testamẽto, y demas escrituras del año de 1568. no se halla, y assi se mandó poner en protocolo el que exhibio la Monja.

En tres de Febrero de 1575. el dicho Licenciado Iuã Rodriguez de Santacruz por vn codicilo entre otras clausulas dispone por vna, y declara lo siguiente. *Item, dixo,*

dixo, y declaró, que hà criado à doña Maria de Mercado con mas amor y regalo que a ninguno de sus hijos, porque assi lo ofrecio, y por merecerlo ella, y la inclinò siempre a Religion, enseñandole latin, cantar, y tañer tecla, y como quiera que para tomar estado ha de ser a voluntad de la parte, la susodicha mostró gana y voluntad a se casar, y assi casò con Francisco de Robles, y le dio quatro mil ducados, y le socorrio en muchas necessidades, y le dio la casa de la plaça sin interesse alguno, y aurá como vn año que el susodicho le puso demanda ante la justicia desta ciudad a que le diera vnas escrituras que estauan en su poder, otorgadas en la villa de Marchena, y ciudad de Arcos, do fue Corregidor, en fauor de la dicha doña Maria, las quales le entregò, cō que salio del engaño en que estaua, y vio estar enteramente pagado. Y por si en algun tiempo el y sus hijos quisieren inquietar a Gaspar de Santacruz su hijo, o a los suyos, declarò auer pagado y cumplido con las dichas partidas de las dichas escrituras como Christiano. Y aunque tenia determinado de no llamar a la dicha doña Maria al mayorazgo, por auerlo hecho doña Ynes de Mercado su muger, y auerlo querido assi en el mayorazgo que ambos hizieron, y por auerles importado mucho el caudal de la dicha doña Maria para el dicho mayorazgo, por no yr contra su voluntad aprouó el dicho llamamiento en la dicha doña Maria, escendiēto a falta de Gaspar de Santacruz su hijo, y de sus hijos y descendientes, como lo tiene mandado por su testamento ante mi el presente escriuano.

Este codicilo està en el protocolo que se halla deste año de 1575. de adonde se saca, y se autoriza con todos los escriuanos publicos, y del numero de la dicha ciudad de Baça.

Supuesta las dichas escrituras, testamento, y cocidilo, con las calidades que se han referido, parece, que aunque el primer llamado tuuo por su hijo a don Iuan de Santacruz, que casó con su prima hermana, murieron sin hijos, y assimismo doña Ysabel, y doña Iuana, porque aunque tuuo a doña Madalena fue Monja, con que quedò excluyda. Tambien murio doña Maria, pero dexô por su hijo legitimo y natural a don Iuan de Robles de Santacruz, en quien entró este mayorazgo, y lo posseyò tiempo de veynte y quatro años, y por su muerte sucedio en el dicho mayorazgo don Ioseph su hijo legitimo y natural, que es el reo demandado.

Fundase

Num. 3. *Fundamentos de la pretension del actor.*

Fundase el actor demandante en dezir, que es nieto
del Licenciado Saluador de Bocanegra, hijo que fue
de Beatriz de Santacruz, hermana del fundador, y que
el exhibido no es el testamento que otorgò, si no otro,
como se pudiera ver por el protocolo de aquel año que
lo han hurtado, porque no parezca, ni se vea como te-
nia llamamiento expresso el Licenciado Saluador de
Bocanegra su abuelo, el qual llamamiento pretende
prouar con testigos, y que quãdo le faltasse, por lo me-
nos tiene el llamamiento legal, por ser de la familia del
fundador: y que don Iuan de Robles, y don Ioseph de
Santacruz y Robles su hijo no lo son de la familia y lina
ge del fundador, porque en las prueuas para vna fami-
liatura, y en las que se hizieron para el Abito de San-
tiago prouaron don Ioseph y su padre que doña Maria
Mercado no era hija de los fundadores, si no de vn Ca-
uallero que se dezia don Francisco de Saauedra, y de do
ña Beatriz de Lebron, que niña se la dieron a criar al
fundador y a su muger, siendo Corregidor de Marche-
na, y ciudad de Arcos, y con ella le dieron tres o qua-
tro mil ducados para que la criassen y dotassen, y pusies
sen en estado, y aunque haze otras muchas alegacio-
nes, todas vienen a reduzirse a este argumento que lla-
man los Logicos *ab vtroque conuincens.*

Num. 4. *Resume los fundamentos del actor a vn argumento que llamamos, ab vtroque conuincẽs.*

O don Ioseph es de la familia del fundador, y descẽ-
diente del, o no lo es, elija lo que quisiere, que por qual
quier parte que vaya se hallarà conuencido, si dize que
no es de la familia del fundador, pertenece a don Iuan
de Aguayo, dize el dicho don Iuan, por ser del linage y
familia del fundador, cuya memoria y lustre procurò
se conseruasse en los del dicho su linage. Si es de la fami
lia procede lo mismo, por que hizo injuria a el funda-
dor en negar para las dichas prueuas que era su descen
diente, y por ello se hizo indigno, y tambien porque cõ
trauino a la condicion de armas y apellido. Y a este fin
pretende el actor que don Ioseph exhiba los titulos de
la familiatura, y del Abito de Santiago, sobre lo qual
viene a ver articulo a parte, que tambien està concluso.
Esto es (señor) en resumen todo quanto dize, y se pu-
diera, ni puede imaginar en el caso.

Num. 5.

Las excepciones y defensas de el reo se resumen a otro argumento ab vtroque conuincens que procede mas concluyentemente.

La parte de don Ioseph se defiēde con otro argumēto *ab vtroque conuincens*, que prepondera, y viene a ser mas concluyente. Elija, dize, a don Iuan lo que quisiere, ò que sea descendiente, y de la familia del fundador, ò que no lo sea. ¶ Si quiere que no sea descendiente del fundador, si no de agena familia, que es en lo que don Iuan de Aguayo mas insiste, se le responde, que el reo possee con justo titulo, porque tiene llamamiento expresso su abuela doña Maria, y don Iuan de Robles Santacruz su padre, y de la misma manera que aun estraño los pudo llamar, de que no se puede dudar en caso de competencia de vn transuersal, como lo es don Iuan de Aguayo por cabeça de su visabuela, en mayorazgo fecho en virtud de facultad Real. ¶ Pero si quiere que dō Ioseph sea decendiente, menos duda tiene en fauor de don Ioseph, porque el memorial de la genealogia, y prueuas para la familiatura, y Abito de señor Santiago no lo dio don Ioseph, si no su padre, siendo el pequeño, y teniendole debaxo de la patria potestad, ni aunque las diera venia a ser injuria que le hiziesse indigno, y quando se hiziera, era personal, y no real de la linea, y assi era derecho q̄ no toca al dicho don Iuan de Aguayo, si no al hijo de don Ioseph en quiē passaua, y no a los de la otra linea. Y en quanto a las armas, y apellido, porque siempre el dicho don Ioseph y su padre hā guardado el grauamen, y quando no lo huuiera hecho, no por esso perdian la sucession, porque no es condicional, si no modal, y se requeria auer sido requeridos, y declaratoria sobre ello: finalmente que no tiene obligacion de exhibir titulos de familiatura, ni de el Abito de señor Santiago.

Num. 6.

Diuidese por ocho discursos lo que se ha de fundar en derecho.

Todo esto se ha de fundar en este papel, y se diuidirà en ocho discursos. *En el primero se prouarà, que el abuela de don Ioseph, y su padre tuuieron llamamiento expresso, y sucessible, quier fuessen, o no hija y nieto del fundador.*

En el segundo, que el llamamiento de los susodichos no fue personal, si no real, y lineal.

Y en el tercero, que la escritura de fundaciō del año de 1555 y el testamento exhibido por doña Madalena Monja, y los codicilos son autenticos, ciertos y verdaderos, a quien se le deue dar

fee

fee y credito, por no auer cosa en contrario.

En el quarto, que el abuelo de don Iuan de Aguayo no tiene llamamiento expresso, ni lo ha prouado por testigos, ni por otro genero de prueua q̃ sea bastante.

En el quinto, que el dicho don Iuan no tiene llamamiento legal en competencia de don Ioseph, y de los de su linea.

En el sexto, que don Ioseph no hizo injuria a los fundadores. Que aunque lo hiziera, no era tal que se priuaua de la sucession del mayorazgo. Que quando priuara de la sucession solo pudiera ser personal, pero no real de los demas de su linea, y en este caso quien viniera a tener derecho solo auia de ser el hijo mayor de don Ioseph, y otro qualquiera de los de su linea y descendencia de su abuela, y no el dicho don Iuan de Aguayo.

En el setimo, que don Ioseph y su padre han guardado la condicion de armas y apellido, y quando no la huuieran guardado, no perdian por ello el mayorazgo sin ser primero requeridos, y con declaratoria, y entonces passaua al siguiente en grado de los de su misma linea.

En el otauo y vltimo, que no es necessario que don Ioseph exhiba los titulos de la familiatura, y Abito de señor Santiago, ni en manera alguna, està obligado a exhibirlos.

DISCVRSO PRIMERO.

LLamamiento expresso viene a tener el que està llamado, o instituydo por su nombre proprio: claro lo dixo el Iurisconsulto Paulo en la *l. nominatim* 37 *ff. de manum. test.* y Vlpiano en la *l. 1. ff. de lib. & post.* Y lo mismo dixeron que procedia si el testador señalò a la persona indubitabili signo, aut demonstratione, quæ nominis vice fungatur, *l. quoties* 9. *S. si quis nomen, ff. de hæred. inst. l. certum* 6. *ff. si cert. petet.* Mieres, *de maiorat. p. 2. q. 12. ã n. 9.*

Num. 7. *Llamamiento expresso tendra aquel que fue llamado sub nomine proprio, vel indubitabili signo.*

Supuesto este principio, es preciso confessar que doña Maria de Mercado, y don Iuan de Robles su hijo tienen llamamiento expresso, porque en la fundacion del mayorazgo en tercer lugar el fundador llamò a sus hijas y hermanas del primer llamado, a quien grauò que los dotasse, diziendo eran doña Ysabel, y la dicha doña Maria, y doña Iuana, ibi: *Que son doña Ysabel de Santacruz doña Maria de Santacruz, y doña Iuana, &c.*

Num. 8. *En la fundacion tuuo llamamiento expresso doña Maria, abuela del reo.*

Y en

Num. 9.
En el testamento tuuo assimismo llamamiento doña Maria, y su hijo varon, que fue el padre del reo.

Y en el testamento auiendo dicho que tenia casada con Francisco de Robles a su hija doña Maria de Mercado, despues en la clausula siguiẽte aprueua los llamamientos fechos en la fundacion del mayorazgo, y para en caso que faltando el primer llamado, y sus descendientes se hallassen casadas la dicha doña Maria, y D Iuana, dize; *Venga el mayorazgo al mayor de mis nietos varõ que fuere nacido de qualquiera de mis hijas doña Maria, y doña Iuana, &c.* Aqui tuuo llamamiento expresso don Iuan de Robles por cabeça de doña Maria su madre, y como hijo suyo, probat Mieres, *de maiorat. part. 2. dict. quæst. 12. num. 14.* dum dixit: *Quod vocati sub nomine filiorum alicuius, dicuntur vocati nominatim*, y trae para ello a la *l. Titius 25. in princ. ff. de liber. & post.* que la ponderan Angel. *in cons. 305.* Carol. Ruin. *cons. 123, nu. 2. lib. 2.* que assimismo alega.

Num. 10.
En el codicilo del fundador tiene tambiẽ llamamiento el padre, y abuela del reo.

En el codicilo, porque en el se declarò mas bien el fundador, y sacò el negocio de todo genero de duda, si alguna pudiera auer en estar expressamente llamada la dicha doña Maria en la fundacion, porque dixo: *Y aunque tenia determinado de no llamar a la dicha doña Maria al mayorazgo, por auerlo hecho doña Ynes de Mercado su muger, y auerlo querido assi en el mayorazgo que ambos hizieron, y por auerles importado mucho el caudal de la dicha doña Maria para el dicho mayorazgo, por no ir contra su voluntad aprouò el dicho llamamiento en la dicha doña Maria: esto a falta de Gaspar de Santacruz, y de sus hijos y descendientes, como lo tiene mandado por su testamento.*

Num. 11.
Por el codicilo se manifiestan mas claramẽte los llamamientos fechos por la fundacion, y por el testamento.

Y es de aduertir, que aqui principalmente se refiere al llamamiento fecho en la fundacion, y esse es el que declara y aprueua, y dà la razon y motiuo que tuuo para llamarla alli entre las demas sus hijas, y como fue tã bien voluntad de doña Ynes de Mercado, cuya era la mayor parte de la hazienda, y no se remite solo al llamamiento del testamento, como pretende la parte de don Iuan de Aguayo, porque el testamento solamente lo refiere, para que el llamamiento fecho en la fundacion, y la aprouacion que haze en el codicilo, se entienda conforme a la declaracion fecha en el testamento, para que si llegare el caso de faltar Gaspar de Sãtacruz

y sus

y sus descendientes, estando casadas doña Maria y doña Iuana, y ambas, o qualquiera dellas con hijos, sucediesse en el mayorazgo el hijo mayor varon.

Aqui toca satisfazer, antes de passar a otro discurso, a la oposicion que podrá ser haga la parte de don Iuan de Aguayo, diziendo, que los llamamientos referidos, fechos en doña Maria, son todos con la calidad, nota, y demonstracion de hija del fundador, y de hermana del primer llamado, y que no siendo hija ni hermana, no tiene llamamiento: ex textu *in l. si pater* 4. *C. de hæred. instit.* de adonde sacô por conclusion Alexandro. *Quòd institutio facta de aliquo, tanquam de filio, vel fratre, cum non sit, habetur pro non facta, & hæreditas est in causa intestati.*

Num. 12. *Oponese, que el llamamiento fue con demonstració de hija del fundador, y hermana de los demas llamados, y assi parece, que no siendolo, es como si no essuuiera llamada.*

Lo qual facilmente se propugna sin confessar, o negar que fuesse, o no fuesse hija la dicha doña Maria de los fundadores, elija la parte de don Iuan de Aguayo lo que quisiere. Si quiere que verdaderamente aya sido hija legitima y natural de los susodichos, no corre la oposició q̃ está debaxo del supuesto de que la ayan llamado con calidad de hija de los fundadores, y hermana del primer llamado. ¶ Si quiere que verdaderamẽte no fuesse hija, menos corre ni procede, porque se responde con el mismo texto *in dict. l. si pater, C. de hæred. inst.* que si el testador, entendiendo que era hija, y hermana de sus hijos, y engañado con la opinion falsa de ser tal su hija, la huuiera llamado en este caso, si despues se descubriesse que no lo era, no valdria la institucion ni llamamiento. La razon es, porque si lo supiera que era de agena familia, y que no era su hija, no la instituyera ni llamara, ita enim dixit textus. *Si pater tuus eum, quasi filiũ suum hæredem instituit, quem falsa opinione ductus, suum esse credebat, non instituturus si alienum nosset, isque postea subdititius esse ostensus est: auferẽdam ei successionem, diuorum Seueri, & Antonini placitis continetur.*

Num. 13. *Si doña Maria era hija de los fundadores, y hermana delos llamados, no corre la oposicion de contrario.*

Num. 14. *Fundase, que assimismo no procede, aunque verdaderamẽte se huuiera prouado, que la llamada no era hija del fundador, ni hermana de sus hijos.*

Pero si sabiendo y entendiendo que no era su hija, ni hermana de sus hijos, la llamò entre los demas como a hija, y como a hermana de los demas hijos, en este caso vale la institucion y llamamiento, porque no viene a tener el defeto de voluntad que se considera en el primer caso, y porque el llamarle hija se podrá entender

Num. 15. *Quando el testador sabé que vno no es hijo, o hermano, aũ que lo llame con demonstració de hijo,*

 que

o hermāno, vale la institucion, o llamamiento.

que le dio esse titulo, por auerla criado como a tal, y el llamarla hermana de sus hijos, porque se auia criado como hermano dellos, y como a tal la auian querido los fundadores, probatur ex textus ad hoc speciosus in *l. nemo 58. §. qui frater non est, ff. de hæred. instit. qui frater non est* (dixo Paulo) *si fraterna charitate diligitur, rectè cum nomine suo, sub appellatione fratris, hæres instituitur.* Y alli la gloss. verbo, *instituitur*, dio la misma la razon y solucion, ibi: *Affectionem enim denotare voluit, vt C. de offic. diuers. iud. l. singuli, & infra, de à dem. leg. l. alumnæ, in princip. sed contra, C. de testament. l. neque professio, & C. eodem, l. nec apud, & l. si pater. solutio. hic testator sciebat non esse fratrem quem instituit, ibi credebat eum fratrem, & filium eum esse, &c.*

Num. 16. *El fundador in præsenti no pudo ignorar si era, o no hija la llamada, y hermana de sus hijos, y assi resuelue el discurso, ex l. falsa demonstratio.*

Y en este pleyto, caso que no fuesse doña Maria verdaderamente hija de los fundadores, la parte de don Iuan de Aguayo está confessando que no lo ignorauã, pues el mismo hecho de auersela dado a criar con quatro mil ducados para ello, y para dotarla dize, que lo sabian, y que la fuerça del afecto q̃ le tenian por auerla criado, y el auer ganado la hazienda mediante el caudal y bienes que con ella les dieron les obligò a llamarla al mayorazgo, y assi no es de consideracion que no fuesse cierto auer sido su hija ni hermana de los demas, ni dõ Iuan de Robles su nieto, y q̃ con falsa demonstracion de hija, y hermana, y nieto los huuiessen llamado: porque como dixo la *l. falsa 33. de condit. & demonstrat. Falsa demonstratio, neque legatario, neque fideicommissario nocet, neque hæredi instituto: veluti si fratrem dixerit, vèl sororem, vèl nepotem, vèl quodlibet tale, & hoc ita iuris ciuilis ratione, & constitutionibus diuorum seueri, & Antonini cautum est.*

DISCVRSO SEGVNDO.

Num. 17. *Opone el testador, q̃ aunque tenga llamamiento se ha de entender personal.*

DIZE la parte de don Iuan de Aguayo, que dado que doña Maria, o su hijo don Iuan de Robles, tuuiessen llamamiento, este se ha de entẽder personal, porque en razon de ser de personas de extraña familia es odioso, respeto de los de la familia de los fundadores, y no se ha de extender a los hijos y descendientes destos.

Este

Este es vn absurdo muy grande, y en materia de mayorazgos es querer destruyr las reglas dellos, y la decision de la *l. 40. de Toro*, y su razon de decidir, que fue cōsiderar, que conforme a la naturaleza perpetua de los mayorazgos siempre se entiende llamada toda la linea del que fuere llamado, y a todos los della en cabeça del tal llamado, como si cada vno de sus hijos y descendiētes tuuiesse especial llamamiento, y que assi, auiendo el fundador del mayorazgo querido que sucediesse alguno, es visto querer tambien que sucedan sus hijos y descendientes, y que en el se hiziesse el principio de la linea, aunque premuera, porque qualquier llamamiēto es real y lineal, y no se juzga por personal, aliter no tuuiera representacion, Dom. Molina, *de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 36. & á num. 41. vsque ad num. 50. & in cap. 7. ferè per tot.* Dom. D. Ioan. á Castillo, *lib. 3. cap. 19. á num. 166. & á num. 187.* Robles de Salcedo, *de repræsentat. lib. 2. cap. 30. á num. 16. & in num. 20. & in lib. 3. cap. 4. à num. 7* porque en los mayorazgos qualquier llamamiento es lineal, y lo primero que se considera es la linea, y hasta que falten todos los de la linea del llamado no se puede hazer transito a los de otra linea, Dom. Molina, *lib. 3. cap. 4. nu. 14. cap. 10. num. 10.* Num. 18. *Qualquier llamamiento en materia de mayorazgos es real y lineal, aliter fuera destruyr la naturaleza y reglas de os mayorazgos.*

DISCVRSO TERCERO.

TRES instrumentos principales son en los que vate toda la fuerça deste pleyto, la fundaciō del mayorazgo, el testamento, y el codicilo del fundador. ¶ Contra el de la fundacion no dize cosa alguna la parte de don Iuan de Aguayo, y puesto que viene a tener alli llamamiento doña Maria de Sātacruz, abuela de don Ioseph, no parece que era necessario desplegar el discurso sobre los demas; pero porque dize que alli el llamamiento no viene a estar tan expresso y claro como en los demas, passaremos al del testamēto, por que el del codicilo, aunque lo redarguye, tiene su protocolo, y está comprouado. Num. 19. *El actor no opone cosa alguna contra la escritura de fundacion, donde tambiē tiene llamamiē to la abuela del actor.*

Dize, pues, contra el testamento que exhibio autētico doña Madalena de Padilla, nieta del fundador, que no Num. 20. *En lo que insiste el*

actor es cōtra el testamento.

no es el que otorgó el fundador, si no falso, y falsamente fabricado, y fundase. Lo vno, porque no se halla el protocolo de aquel año. Y lo otro, porque en el dicho testamento no se halla q̃ tenga llamamiento su abuelo.

Num. 21.

El testamēto es autentico, y le asiste la presuncion del derecho.

Pero se responde, que el dicho testamento està autorizado de escriuano publico, fiel, y legal, que le sacò del protocolo, a que se le allega la presuncion en derecho, porque no se presume falso, si no se prueua verè, vél præsumptiuè, o por vicio extrinseco, o intrinseco: textus & gloss. verbo, *oportet, in l. cum pretibus* 18. *C. de probat. cap. in præsentia, de renuntiat.* Mascard. *de probat. conclus.* 745. *num.* 1. Pedro Surdo, *cons.* 132. *num.* 18. & cū alijs copiosè Farinac. *de falsitate, & simulat. quæst.* 153. *part.* 10. *num.* 192. *& num.* 193. vbi tenet, quod ad hoc vt euitetur præsumptio falsitatis, omnis alia præsumptio, atque interpretatio summenda est, *per gloss. in l. iurisgentium, §. quod ferè, ff. de pactis.*

Num. 22.

Antes se deue presumir que el protocolo se perdio, y no que el testamento autorizado sea falso, y assi se à de dar fé como si fuera el original.

Y don Iuan de Aguayo no ha prouado que sea el dicho testamento falso, ni tiene presuncion de su parte, porque la que pretende, por no parecer el protocolo de aquel año, no haze sospecha de falsedad, si no es en caso que huuiera parecido el protocolo de aquel año, y que entre las demas escrituras del no se hallasse la del dicho testamento; pero quando no parece todo el protocolo entero de aquel año, cessa la sospecha de falsedad contra el instrumento autorizado, que llamamos el original que se sacô del protocolo, y la razon es, porque pudo perderse, y antes se deue presumir que se perdio por algun caso, que no que es falso el instrumento que se halla autorizado: ita tenet Dom. Præses Couarr. *pract. cap.* 19. *num.* 3. vers. *Primum.* Et vers. *Secundum*, a donde dio la misma razon, ibi: *Etiam si prothocolum nō reperiatur, nec probetur perditum fuisse, potuit enim multis casibus prothocolum perdi, & ita præsumi potius debet, quam quod detrahatur fidei eius instrumenti, quod est originale, & solemniter confectum.* Et inferius in vers. *Secundum*, ibi: *Fides habenda est huic instrumento, quod ab ipso notario traditum fuerit, etiam si prothocolum non appareat, nec probetur à producente instrumentum, eius amissio: hanc opinionem nos aduersus Baldum, & communem probamus sequuti Paulum Castrensem in dict. l. contract. col. vltima,*

ma, C. de fide instrum. &c. Y siguen al señor Presidente Couarruuias, Ioan Petrus Surd. *cons.* 173. *num.* 109 Steph. Grac. *tom.* 1. *cap.* 187 *num.* 16. & 17. & *tom.* 4. *cap.* 653. *num* 65. & *cap.* 736. *num* 27. & *tom.* 5. *cap.* 877. *num.* 25. adonde juntò a muchos, diziẽdo, que era la opiniõ mas verdadera, quidquid aliud sentiat Farinac. q. 153. per tot. quia notarij negligentia non debet nocere parti, ideò instrumentum valebit tanquam publicum, & originale.

Y lo mismo es que el instrumento autorizado exhibido por la dicha doña Madalena aya sido sacado del protocolo por el escriuano publico que sucedio en el oficio de Matia de Santiago, ante quien se otorgò el testamento, que si lo huuiera dado el mismo Matian de Sãtiago, y tan prouante es de vna manera como de otra, porque al tiempo que se sacò, que fue en seys de Febrero de 1613. era ya muerto el dicho Matian de Santiago, y auia sucedido en su oficio Pedro de Medina, el qual como sucessor lo pudo sacar, y dar vn tanto de el autorizado que llamamos original, aunque fuera sin autoridad de juez, segun lo tiene el mismo señor Presidente Couarruuias *pract. cap.* 21. *num* 3. *vers. Hoc ipsum.* Mayormente que en este caso se traduxo del protocolo cõ autoridad de Iuez, y casi con todos los demas requisitos que eran necessarios si otro escriuano lo sacara, que todos los juntò el señor Presidente Couarruu. *dict. n.* 3. *ex textu, in cap. cum Petrus tabelio, de fide instrumentor.* Ias. *lib.* 1. *cons.* 42. *num.* 5. *vers. Ista regula fallit, quando notarius rogatus de instrumento esset mortuus, & postea exemplum caperetur de eius protocolis, vel in breuiaturis per alium notariũ, cui commissæ essent eius rogationes exemplandæ, &c.*

Y boluiendo a la opinion del señor Presidente Couarruuias, *in dict. cap.* 19. *num.* 3. *vers. Primum est, versic. Secundum*, seguida por tantos por mas verdadera, no puede tener duda en qualquiera de dos casos, que aun los de la contraria opinion confiessan, que el instrumento no tendrà sospecha. El primero, quando el instrumento fuesse antiguo, y el escriuano estuuiesse muerto, prout in præsenti ita tenet Dom Gregor. Lopez, *in l.* 9. *tit.* 19. *part.* 3. *glos.* 1. *propè fin.* ibi: *Si verò instrumentum*

Num. 23.
La misma fee se le hà de dar al testamento dado por el sucessor en el oficio del escriuano ante quien se otorgò, que al que huuiera dado el mismo escriuano.

Num. 24.
Maximè, porque se traduxo con autoridad de Iuez.

Num. 25.
Opinion del señor Presidente Couarr. la confiessan todos por verdadera en dos casos.

Num. 26.
Vno, quando el instrumento es antiguo, y el escriuano fuesse muerto, prout in præsenti.

tum scriptum esset antiquum, & tabelio iam mortuus videretur standum instrumento sumpto, licet de protocolo non appareat. Y el segundo, quando constasse auerse perdido el protocolo, y se dize constar de la perdida del protocolo siempre que se han sacado censuras, y sin embargo no ha parecido, y que se han hecho diligencias en el oficio donde auia de estar con los demas, y no se ha hallado, segun lo funda Stephan. Grac. *tom. 3. cap.* 468 *à n.* 27. *vsque à num.* 30. *ex vers. Tertio quoad amissionem protocoli testamenti nõ potest de ea dubitari, &c. in vers. Istæ vero diligentiæ sufficiunt, &c.* Y todo esto procede en el caso de este pleyto, y assi en manera alguna se puede dezir que el dicho testamento tenga sospecha de falso por causa de q̃ no se halle todo el protocolo de aquel año.

Num. 27. *El otro, quando constasse auerse perdido el protocolo, y como se dirá, quod constat de amissione.*

Y quando se pudiera induzir alguna sospecha, està excluyda, y desuanecida con otra qualquiera que huuiera en fauor del testamento exhibido, porque de la misma manera que se prueua la falsedad con presunciones, ita etiam contrarijs præsumptionibus improbatur, & excluditur, docet Innocenc. *in cap. inter delictis, num.* 3. Hostiens. Ioan. Andr. & alij, *de fide instrum.* Farin. *de falsit. quæst.* 152. *num.* 6. cum Bucardo, Bertazola, & alijs.

Num. 28. *Qualquier sospecha de falsedad se excluye cõ otra qualquiera q̃ aya en fauor del instrumento.*

Y en este caso assisten por el testamento dos presunciones. La vna es fortissima, por auerlo exhibido persona sin sospecha, como es la dicha doña Madalena, nieta de los fundadores, y estar sacado con autoridad de Iuez, en virtud de pedimiento fecho por otra nieta de los fundadores, y auto de Iuez, y por escriuano publico fiel y legal, y lo que mas es, q̃ todo fue fecho en tiempo en que no se imaginaua este pleyto, ni cabe en entendimiento humano que se pudo preuenir, mayormẽte por doña Leonor, nieta de los fundadores, y muger de don Iuan de Santacruz su primo hermano, y vltimo posseedor, que no tenia causa para ello, y solo esta consideracion era bastante para excluyr qualquiera presuncion, o indicio de falsedad, ex his qua lato calamo, & ex multorum copia tradit Farinac. *de falsitate, quæstion.* 153. *num.* 203.

Num. 29. *Al testamento exhibido assiste la presuncion de auer sido de tiempo en que no se imaginaua este pleyto, y a pedimiẽto de persona sin sospecha, y con autoridad de Iuez, y por escriuano fiel y legal.*

Num. 30. La otra, porque en conformidad de los llamamientos

tos contenidos en el testamento, y demas instrumentos que se corresponden, posseyò don Iuan de Robles Santacruz mas tiempo de 24. años, a vista y en presencia, y conciencia y paciencia de don Iuan de Aguayo, y quando alguno en virtud de instrumento està en la possession por tan largo tiempo, stat præsumptio pro instrumento excludens falsitatem, prout tenet Aymon Craueta, *cons. 65. num. 1.* Menoch. *lib. 5. præsumpt. 20. nu. 56.* y otros muchos que sigue y refiere Prosper. Farinac. *d. q. 153 n. fin.*

Refertur alia præsumptio, quæ stat pro testamento.

Finalmente no nace presuncion, ni sospecha alguna, por dezir que en el testamento no parece llamamiento del Licenciado Saluador de Bocanegra, abuelo del dicho don Iuan de Aguayo; porque no està prouado que el testador huuiesse fecho tal llamamiento, segun se fundarà mas largamente en el discurso siguiente, que es su proprio lugar.

Num. 31. *Remite al discurso siguiente lo demas que se opone contra el dicho testamento.*

DISCVRSO QVARTO.

LOS testigos que tiene don Iuan de Aguayo para prouar que Saluador de Bocanegra tuuo llamamiento expresso, y las edades y calidades, y lo q̃ dizen es todo en la forma siguiente.

Num. 32. *Refiere la prouança de testigos con que el A. pretende prouar q̃ su abuelo tuuo llamamiento expresso.*

Don Francisco de Silua Monçon Segura y Bocanegra, de edad de 70. años, primo en tercer grado del dicho don Iuan de Aguayo en virtud de cẽsuras, haze vna muy grande y dilatada declaracion, pero en sustancia no dize auer visto en el testamento del fundador llamamiento del dicho Licenciado Saluador de Bocanegra: mas en plenario sobre la tercera pregunta dize, que siendo muchacho de quinze años vido, que en casa del Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz Matiã de Santiago, en presencia del Alcalde mayor, y estando assimismo presente Christoual de Zauallos Ayuar, que seria de 12. años, se abriò el testamento, y se publico, y estandolo leyẽdo el escriuano, entre otras cosas le oyò este testigo como el dicho fundador de el mayorazgo, Diego Rodriguez de Santacruz llamò por sucessor en el al Licenciado Saluador de Bocanegra, hijo de Bea-

triz

triz de Santacruz su hermana, y de Micer Francisco de Bocanegra.

Y en la 6. pregunta, y en la añadida haze vna grande recopilacion de conjecturas a su modo, que no son de sustancia, solo siruen de declarar la passion y afecto cõ que deponen en fauor de don Iuan de Aguayo, y en particular al fin de su deposicion se declara mas con algunos latines y refranes, y mostrandose como parte, dize entre otros, que huesped vendrà que de casa nos eecharà, y cria cueruo, y sacarte ha el ojo, y otros a este modo, con que demostrò su grande passion.

Christoual de Zauallos, citado por el dicho dõ Frãcisco, de edad de 70. años, dize, que siendo de diez, o de onze años, vio la justicia en casa del fundador en vna sala baxa leyendo su testamento, segun dezian, pero no sabe lo que contenia.

Doña Ysabel de Guzman Quesada Palomeque, de edad de 52. años, muger del dicho don Iuan de Aguayo, dize que vido en poder de Diego Sigura Ahedo el testamento del fundador, y le leyò el llamamiento del abuelo del marido desta testigo, y a sus hijos, y descendientes, y que esto vio leer al dicho Diego de Sigura estando ella presente, y lo vido en el dicho testamento, y como estaua otorgado, firmado y signado de Matia de Santiago escriuano.

Iuan de la Vega, de edad de 78 años, Bernardo Garcia demas de 80. años. Alonso de Mata de edad de 76. años. Andres de Mata carpintero de edad de 50. años. Francisco de Mena de edad de 88. años: todos estos testigos dizen, que despues de muerto el fundador oyeron dezir sin declarar a que personas que auia llamado a la sucession del mayorazgo al dicho Saluador de Bocanegra.

Num. 33. *Aduierte que el testamento en que se pretẽde estaua el llamamiẽto, vino a poder de la viuda del primer llamado, y despues al de*

Y se aduierte, que algunos destos testigos y otros dizen, que doña Maria de Xaramillo, viuda del primer llamado, sucedio en todos los papeles del mayorazgo, entre los quales estaua el dicho testamento, y que el dicho testamento y demas papeles paran en poder de dõ Luys de Bocanegra, vezino de la ciudad de Granada, y que el susodicho ha confessado que lo tiene, y que no

està

està llamado en el el abuelo del dicho don Iuan de Aguayo.

don Luys de Bocanegra su sobrino.

Passando, pues, esta informacion por el crisol de lo que està dispuesto en derecho, en este caso se verà claramente como no tiene prouado don Iuan de Aguayo que su abuelo tuuiesse llamamiento expresso, porque faltan los requisitos, y el numero y calidad de testigos que eran necessarios, patet ex sequentibus.

Num. 34. *Propone lo que se ha de fundar en derecho tocante a este discurso.*

Tres requisitos eran necessarios para prouar el llamamiento que se pretende contenia el testaméto que dizé se ha hurtado, o perdido, y que no parece. ¶ El primero, que aya auido y otorgadose tal testamento. ¶ El segundo, que se aya perdido, y que no parezca. ¶ El tercero, que digan el tenor del llamamiento, y en la forma que lo contenia el tal testamento. ¶ Y aunque esto se puede prouar con el numero de dos testigos, esto es en caso que sean de los instrumentales; pero no siendolo son necessarios cinco testigos, y estos hã de ser varones, y muy idoneos, fidedignos, contestes, y mayores de toda excepcion, hombres muy expertos, Letrados, Abogados, o escriuanos, y han de dezir assimismo que el testamento era autentico, sin vicio, ni sospecha de falsedad, y que reconocieron la letra, signo, y firma del escriuano: ita notant omnes iuristæ *in l. testium, §. fin. C. de testibus, & in l. sicut iniquum la 1. C. de fide instrument. in l. 2. C. de bon. pos. secund. tab. & in Authent. si quis in aliquo, C. de edendo,* y los Canonistas, *in cap. cum olim el 1. de priuileg. vbi est celebris gloss. fin.* y los Regnicolas *in l. 41. Tauri,* y de los Iuristas en particular, Bart. *in dict. l. testium, num. 11.* a donde los tres requisitos los cifrô diziendo, que hã de ser prouando, factum, scripturam, & casum, y en la *dict. l. sicut iniquum, num. 2.* Iason, *cons. 42. num. 1. & 2. volum. 1.* Philipp. Dec. *cons. 82. num. 3.* Alexand. *cons. 196. num. 9. lib. 2. & cons. 117. num. 7. lib. 7.* Hyppolit. de Marsilis, *in Rubric. de probat. num. 333. vsque ad num. 342.* Tiraquell. *de retractu conuent. §. 1. gloss. 7. num. 56.* Mascard. *de probat. conclus. 908. instrumenti amissi tenor, quo pacto probari possit, volum. 2.* remissiué Auẽdaño, *in l. 3. Tauri, conclus. 4. num. 8. & 7.* & ex professo Aluaro Valasco, *de iur. emphit. 1. part. quæst. num. 38.* magistraliter Anton. Gomez, *in l. 41. Tauri, num. 3.* Velazquez de

Num. 35. *Requisitos que son necessarios para prouar con testigos llamamiẽto por testamento que no parece.*

Num. 36. *Numero que se requiere de los testigos y calidades que hã de tener, y lo que han de dezir para prouar llamamiento que se pretenda estaua en testamento que no parece.*

Auendaño, *in d. l. 41. Tauri, gloss. 4 per tot.* Matienço, *in l. 1 gloss. 5. tit. 7 lib. 5. Recopilat.* Azeuedo, *in dict. l. 1. tit. 7. lib. 5. à num. 6. vsque ad num. 13.* y en el *num. 9.* tocó la dificultad sobre si eran necessarios dos, o cinco testigos, y la compuso con la distincion referida Burgos de Paz, *in quæst. ciuilibus, quæst. 4. à num. 26* Gironda, *de priuileg. quæst. 7 á nu. 78.* Mieres, *de maiorat. 4. part. quæst. 20. á num. 147. vsque ad num. 170.*

Num. 37. *Infiere por clara cõsequencia, que el actor no tiene genero de prueua de la que se requeria por derecho.*

Conforme lo que se requeria por derecho, para prouar que en el tal testamento estaua llamado a la sucessiõ del dicho mayorazgo el abuelo materno del dicho don Iuan de Aguayo, parece ya con euidencia que no tiene genero de prouança, ni en quanto al numero ni calidad de los testigos, ni en quanto a lo que se requeria que dixessen y depusiessen: porque en quanto al numero solo viene a auer dos testigos, el vno de auer oydo leer el testamento quando se publicó, que este es dõ Francisco de Silua, primo de don Iuan de Aguayo, y el otro de auerlo oydo y leydo estando en poder de Diego de Segura Ahedo, que dize se lo enseñò, que este es la muger del mismo don Iuan de Aguayo: y no siendo como no son de los testigos instrumentales, no viene a auer el numero que se requiere de cinco testigos: prout tenent Burgos de Paz *in dict. quæst. 4. num. 29. vsque tertio, quod testes deponentes de tenore instrumenti deperditi debent esse quinque, &c.* Azeuedo, *in dict. l. 1. tit. 7. lib. 5. num. 9.* vers. *Ego tamen concordiam.* Y aunque bastaran solos dos testigos de vista, no venia auer en el caso deste pleyto mas que vno, porque los dos referidos no son contestes, si no singulares, que hablan de diferente tiempo y testamẽto, y es vno de los requisitos mas necessarios de que seã contestes, Aluara Valasco, *de iur. emphit. quæst. 7. num. 38.* versic. *Prætereà, quod non sufficit tenorem scripturæ, per testes singulares probare*, Mieres, *in dict. quæst. 20. num. 152.* ibi. *Et testes deponentes de tenore scripturæ perditæ non sufficit, quod sint singulares, sed requiritur, quod sint contestes Afflictis decis. 302. num. 4. in fin. & num. 5. &c.*

Num. 38. *Funda, que no viene a auer numero alguno de testigos, ni bastan singulares.*

Num. 39. *Don Francisco de Silua, testigo singu-*

Pero lo que mas es, que atendiendo a la calidad que se requiere que tengan los testigos, no viene a auer testigo alguno. Lo vno, por no ser de los testigos fidedignos,

nos, y mayores de toda excepcion, que se requieren, porque don Francisco de Silua es primo segundo del actor, y assi es de los que no hazen fee, probat exacte Farinacius, *quæst*.54.*num*.1.y en el *num*.80.quod talis cõsanguineus, non est testis omni exceptione maior, nec integræ fidei, mayormente auiendo descubierto el testigo, por su mismo dicho, el grande afecto que tiene a don Iuan de Aguayo su primo, haziendose parte formal, porque quien le repele de toda fee y credito no es el parẽtesco, si no illa affectio, quæ ex consanguinitate præsumitur, Farinacius, *vbi supra, num*.62.y en el caso presente no es afeccion presunta, si no expressa, y declarada por su misma deposicion: a que se allega, que assimismo al tiempo y antes que dixera su dicho era enemigo de dõ Ioseph, y estan prouadas las causas del odio y enemistad, y como no le habla, ni ha hablado con el dicho don Ioseph, ni con su padre, y assi en ninguna manera se le puede dar credito.

lar, no es mayor de toda excepcion, antes padece defetos y tachas, q̃ qualquiera dellas bastaua para que no se le aya de dar credito.

Num.40.
Lo mismo procede en quanto a doña Ysabel de Guzman, muger del actor.

Y el otro testigo, que es doña Ysabel de Guzmã, porque es muger de don Iuan de Aguayo, y assi non est testis idoneus, ni se deuio admitir, imô omnino á testimonio debet repelli, *l.etiam, & ibi gloss.* 1. *vers. Quid in viro, & vxore, C. de test*[illegible]*us, cap. si testes, §. idonei, & ibi gloss*.1. 4. *quæst*. 3. porque præsumitur habere magnam affectionem erga virum a quien está sugeta, y porque sunt duo in carne vna, & vxor dicitur de domo, & familia viri, Farinacius, *dict. quæst* 54.*regul*.4.*num*.210.*cum tribus sequentibus*.

Num. 41.
Testes etiam debebant esse valde periti aduocati, nempè, vél tabeliones, aut aliæ personæ expertæ.

Lo otro, porque el dicho don Francisco, y la dicha doña Ysabel, no tienen la calidad que se requiere de ser Dotores, Letrados, Abogados, o escriuanos, y personas muy expertas: prout docet Bart. *in dict. l. sicut iniquũ, num*. 2. *C. de fid. instrumentor. & in Authent. si quis in aliquo, num*.6.*C. de ædend.* ibi: *Ad hoc, vt testes, qui deponunt se vidisse instrumẽtum, probent: requiritur amissio originalis instrumenti, & quod illi testes sint valde periti, vt notarij, vèl aduocati, qui defectum instrumentorum cognoscant, & quod literas illius notarij cognocerent, ita colligitur in dict. cap. cum olim, aliás si testes non essent ita periti, eorum dicta non facerent fidem, &c.* Alexand. *cons*.196.*num*.9.*volum*.2. alios quam plurimos refert Tiraquell. *de retract. conuent. §*.1 *gloss*.7.*num*. 56. Anton. Gomez,

mez, *in dict. l. 4. nūm. 3.* Azeuedo, *in dict. l. 1. tit. 7. lib. 5. nūm.* 8 Burgos de Paz, *in dict. quæst. 4. num. 27.* Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 41. gloß. 4. num. 19.* Mieres, *de maiorat. 4. part. dict. quæst. 20. num. 151.* vers. *Primò requiritur, quod testes qui de illius tenore deponunt sint legales, & periti puta aduocati, vél tabeliones, aut aliæ personæ doctæ, &c.*

Num. 42. *La calidad de que los testigos fuessen peritos, Abogados, o escriuanos, era necessario articularlo y prouarlo.*

Y en tal manera se requiere esta calidad de que los testigos sean peritos, Abogados, o escriuanos, que es necessario que especialmente se articule y prueue por otros testigos: tenent omnes supra proximé allegati maximé Mascardo, *de probat. dict. conclus. 908. num. 6.* vers. *Limitare poteris primò conclusionem, vt testes probantes tenorem instrumenti deperditi debeant esse viri boni idonei valde periti instrumenti defectus, & literas notarij cognocentes alioquin, non probant, &c.* Azeuedo, *in dict. l. 1. num. 8.* Mieres, *d. quæst. 20. num. 167.* Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 41. Tauri, gloß. 4. num. 20.*

Num. 43. *La calidad de varō ha de tener tambien el testigo, cum fœmina admitti non debeat ad probandum tenorem instrumēti deperditi.*

Y respeto de la dicha doña Ysabel concurre otro mayor defeto, por ser muger, porque se requiere asimismo que los testigos sean varones: docet Bart. *in l. 1. ff. si cert. petat.* Tiraquell. *in l. 9. connubiali, num. 66.* vers. *Sed nec admittitur fœmina ad probandum tenorem instrumenti deperditi, &c.* Mieres, *in dict. quæst. 20. num. 159. & 170.* y haze inexpugnable esta dotrina de Bartulo la razon en que se pudo fundar, es, porque de la misma manera que no valia la muger para testigo en el testamento, no deue valer para prouar lo que contenia, porque los testigos para prouar lo que contenia se subrogan en lugar de los instaumentales: assi lo dixo Hyppolito de Marsilis, *in Rubric. de probat. num. 341.* ibi: *Cùm tales testes subroguentur loco ipsius instrumenti, ideò merito debent sapere naturam illius, & ad hoc dicendum moueor, primò per istam regulam, videlicèt, quod subrogatus debet sapere naturam eius, in cuius locum subrogatur, l. si eum, §. qui iniuriam, ff. si quis caut. &c.*

Num. 44. *Falta assimismo lo que se requeria dixessen ad probandū instrumenti deperditi tenorem.*

En quanto a lo que se requeria que dixessen los testigos faltan todos los tres requisitos arriba referidos, ex doctrina Bart. *in dict. l. testium, num. 11. C. de testibus* el 1. quod dicitur probatio facti, seú actus gesti, siué actus, vel contractus celebrati, que en otra manera Aluaro Valasco, *de iur. emphit. quæst. 7. nu. 28.* vers. *Primò*, lo llamò probatio

probatio veritatis eorum quę in instrumento continebantur, porque sin embargo que lo es que huuo testamento in scriptis, mas no està prouado, ni dizen los testigos que el testador lo hiziesse, ni otorgasse con el llamamiento que de contrario se pretende, pero en este requisito no insistimos mucho, porque algunos Doctores tienen que no es necessario, y que la fuerça està en los demas siguientes.

Falta assimismo el segundo requisito, porque no dizen que estè perdido el testamento que doña Ysabel dize oyò leer, y leyò el nombramiento del abuelo de su marido, antes los testigos resueluen lo contrario de que el dicho testamento està en poder de don Luys de Bocanegra, y que vino a parar al susodicho como a heredero de doña Maria Xaramillo su tia, viuda, muger que fue del primer sucessor en el dicho mayorazgo, y dō Luys es vn Cauallero notorio muy conocido, vezino de Granada, con quien es facil hazer la diligencia, y apremiarle a que lo exhibiera.

Num. 45. *Falta assimismo el segundo requisito de que el testamento se aya perdido, antes dizen està en poder de dō Luys de Boçanegra, Cauallero notorio, y muy conocido.*

Y no constando, o concluyendo los testigos de que el testamento estè perdido, y no pueda ser auido por algun sucesso, corruit tota probatio, y no aprouecha, aunque todo lo demas estuuiera aueriguado por numero suficiente de testigos, y en la forma que se deuia, prout tenent *per glos. fin. in d. cap. cum olim, de præuileg.* omnes supra citati, maximè Alex. *lib. 2. cons. 196. num. 9. versicul. Quia respondeo, quod testes probantes se vidisse priuilegium, vel aliud instrumentum, non probant, nisi quando probatur priuilegium deperditum, &c. Et in lib. 7. cons. 117. num. 7. vers. Requiritur, & debet probari, quod scriptura sit deperdita, &c.* Hyppolit. de Marsil. *in rubric. de probat. num.* 340. adonde dize, que no basta dezir que creen que està perdido el instrumento, sino que lo han de concluyr afirmatiuè, probat *ex dict. l. testium*, & alijs, Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 40. Taur. gl. 4. n. 4. & nu.* 11, Mier. *in dict. q. 20. n. 153.*

Num. 46. *No estando prouado q̄ el testamento estè perdido, o no pueda ser auido, no aprouecha en esta materia la prouança, aunque fuera de el numero y calidad de testigos que se requiere.*

Tambien falta el tercero requisito tocante al tenor y forma del llamamiento, porque don Francisco de Silua no dize en que lugar estaua llamado, ni que viesse, ni leyesse el testamento, si no que oyò leerlo a el escri-

Num. 47. *Defeto del tercer requisito, i q̄ no basta auer oydo leer el testamen-*

uano,

to, si el testigo no lo vido y leyò.

uano, y esto no es bastante, como en terminos lo prueua y defiende Philip. Deci. omnino videnpus, *in cons. 82. n. 3. vol. 1.*

Num. 48. *El testigo auia dezir el tenor y orden delos llamamientos, y lugar dõde estaua llamado el abuelo del actor.*

Nò menos defeto tiene la deposicion de doña Ysabel, muger de don Iuan de Aguayo, porque no dize del tenor y orden de los llamamientos, para que se supiesse en que lugar estaua el que dize del abuelo de su marido, porque en esta materia no concluye el testigo que no dize del tenor de todo el testamẽto, o llamamientos del, tenet Mier. *in dict. quæst. 20. num. 160. vers. Et quod si testes*, ex Boerio, *cons. 48. nu. 10. per l. cum antiquitas, §. fin. C. de testam.*

Num. 49. *Tambien auian de dezir las solemnidades q̃ tenia el testamento ante quantos testigos, y si era autentico, y sin vicio y sospecha.*

Finalmente deuiendo de dezir tambien que el testamento donde estaua el dicho llamamiento, estaua sin vicio, ni sospecha de falsedad, y que era autentico, otorgado ante siete testigos, y las demas solemnidades que tenia, y que reconocieron la firma, y signo del escriuano publico de quien estaua autorizado, prout tenet Alex. *lib. 2. dict. cons. 196. num. 10.* & cum multis alijs Aluaro Valasco, *de iure emphiteot. dict. 1. part. quæst. 7. num. 28. vers. Prædictis, & vers. Simulier, cum sequenti*, Mieres, *dict. 4. part. quæst 20. num. 152. & num. 120.* Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 41. glos. 4. numer. 22.* no lo dizen, y asi en manera alguna tiene prouado el actor el llamiento.

DISCVRSO QVINTO.

Num. 50. *El A. pretende que tiene llamamiento legal, maximè ex dispositione l. 27. Tauri, iuncta cum dispositione testatoris quæ refertur ad literam.*

DADO que no parezca tener llamamiento expresso, dirà la parte del actor que lo tiene legal, y tal que por disposicion de la *l. 27. de Tor.* deue ser preferido al llamamiento expresso que dize tener don Ioseph por cabeça de su abuela, y a otro qualquiera de persona estraña que no sea pariente de la familia del fundador, porque el actor es pariente de la familia del fundador, descendiẽte de su hermana, y el mayorazgo se hizo para los de su linage y familia, y para que se conseruara con mas lustre, y por via de mejora de tercio y quinto teniendo hijos, porque sin embargo de que se le concedio facultad Real para ello, dixo en la

la fundacion: *El qual dicho vinculo, donacion y mayorazgo hago y quiero que valga para siempre jamas, como dicho es, por via de mejora de tercio y quinto de todos los dichos bienes lo que por esta via se puede sustentar, y valer, asi de mis bienes, como de los de la dicha mi muger, o por via de patronato, para que sea mas firme, y los bienes enagenables, y lo que por estas vias no se pudiere sustentar, ni valer, valga, y se sustente por via de mayorazgo, y vinculo por virtud de la dicha licencia que aqui vá incorporada, e inserta, e por aquella via, y mejor derecho lugar, y mejor se puede sustentar, y valer, y hazer los dichos bienes mas enagenables, e perpetuos.*

Num. 51. *Infiere la parte del A. que le basta el llamamiento legal aunque la abuela del R. lo tenga expresso siēdo estraña.*

De que resulta, que auiendo sido por via de mejora de tercio y quinto, quedaron los llamamientos sugetos al ordən de la l. 27. de Toro, en que primero se han de llamar precisamente los descendientes, y despues los ascendientes, y a falta de ellos los transuersales, y despues de ellos los estraños, y auiendo transuersales no pueden ser llamados, ni se deuen admitir los estraños: y lo que mas es, que aun que el testador aya peruertido este orden, llamando primero a estraños que a los transuersales, se han de reduzir los llamamientos al orden y forma de la dicha l. 27. vti probat Domin. D. Ioan. del Castill. *libr. 2. quotid. cap. 7. n. 4. & à num. 14. cum seqq.*

Num. 52. *Sin conceder, o negar que fuesse o no estraña la abuela del R. ofrece satisfazer con qualquiera de dos medios.*

Este es el mas firme fundamento en que haze apoyo la pretension del actor, suponiendo para ello que doña Maria que llamaron de Mercado, y sus hijos y descendientes no sean de la familia del fundador, si no que seā estraños: y sin conceder ni negar esta suposicion, si no dexandola indiferente, y sin perjuyzio de la verdad, se discurrirà respondiendo con dos medios, con qualquiera de los quales quedarà desuanecido, y deshecho lo q̄ assi se opone en virtud de la l. 27. de Toro, y claramente fundado, que aunque el abuela de don Ioseph y su descendencia fuesse estraña, pudo llamarla como la llamò el fundador, y le toca y pertenece la sucession, sin que le pueda hazer competencia don Iuan de Aguayo, ni otro alguno transuersal de la familia del fundador.

Medium

Num. 53.
No se puede duda sobre si el fundador quiso que sucediesse doña Maria, y sus hijos, aun que fuesse estraña, sino sobre si pudo.

¶ Voluntad y potestad son los dos Polos en que se sustenta qualquier acto humano, segun se nota comunmente en el *cap. cum super Abbatia 23. vers. Posset, & volet, de offic. deleg.* Bald. *in l omne verbum, num.* 8 *C. commun. de leg.* y otros que junta el señor don Iuan del Castill. *lib.* 2. *cap.* 26. *num.* 4. Y como no se dude in præsenti, ni puede dudar de la voluntad del fundador, porque expressamente quiso llamar, y llamò entre sus hijos a la dicha doña Maria y sus hijos y descendientes, assi por la escritura de fundacion, como por el testamento y codicilo con prelacion a qualquier transuersal, porque està llamada en el tercer grado entre las demas sus hijas, antes de llamar como llamò en quarto grado al Licenciado Iuan Bautista de Santacruz su sobrino, solamente se à de tratar si pudo hazerlo sin guardar el orden de la dicha l. 27. de Tor. y de que tuuiesse potestad para ello, par et ex seqq.

Num. 54.
Si el mayorazgo se funda del tercio, y sin facultad Real, no puede suceder estraño auiendo transuersal.

O el mayorazgo se funda de el tercio sin facultad Real, y entonces si el fundador no guardò los llamamientos del orden de la l. 27. de Toro, sino que los peruirtiò llamando a los estraños primero que a los transuersales, es preciso que, porque no pudo, se reduzgan al ordē y forma que la ley dispuso, para que cada llamamiento valga en el lugar que por la ley pudo valer, segun lo fundò el señor don Iuan uel Castill. *dict. libr.* 2. *capit.* 7. *á num.* 14.

Num. 55.
El mayorazgo in præsenti se fundò en virtud de facultad Real, y vsando della.

O el mayorazgo se fundò de todos los bienes en virtud de facultad Real, y vsando de ella como en el caso deste pleyto, que el fundador entrò diziendo ita sic: *Por virtud de la licencia y facultad que para ello tenemos yo y doña Ynes de Mercado mi muger, cuyo tenor es el siguiente.* Y la inserta, y por ella consta que es para fundar mayorazgo de todos sus bienes en vno de sus hijos, o hijas, y en sus descendientes, y a falta dellos en otra persona, segun y como por la disposicion lo ordena, y con derogacion de leyes. Y despues prosigue diziendo: *Por ende vsando de la dicha licencia y facultad por la presente en la mejor via y forma que puedo de derecho. Digo, que dispongo, dono, y hago*

vinculo

vinculo y mayorazgo de todos los bienes que yo y la dicha mi muger tenemos, y adelante tuuieremos, y en especial, &c.

Y en este caso de auer sido el mayorazgo fundado en virtud de facultad Real, no tuuo obligacion el fundador a guardar el orden de la *l. 27. de Toro* en llamamientos, ni preferir los transuersales a las personas extrañas q̃ quisiesse llamar, antes pudo excluyrlos: prout tenet Anton. Gomez *in l. 40. Tauri, num. 55. vers. Secundus effectus est, quod in vinculo, vèl grauamine, non tenetur pater, vèl ascendens seruare ordinem, & modum positum, in l. 27. Tauri, &c.* Dom. Molina, *de primogen. lib. 2. cap. 11. á num. 11. vsque ad n. 16.* adonde dize, q̃ se juzgó assi en la Chancilleria de Valladolid, y por estar suplicado de la sentencia, y el pleyto pendiente, no declaraua su opinion; pero bien se declarô con los quatro fundamentos que truxo dessde el *num, 14.* con que parece quedó: y claramente tuuo la misma opinion Matienço, *super ipsa met. l. 27. Tauri, quæ est l. 11. tit. 6. lib. 5. gloss. 11. num. 3. vers. Differunt secundo, quia si maioratus fiat cum authoritate, & licentia Regis, non astringitur faciens in vinculo, & grauamine seruare ordinem legis nostre, &c.* Azeuedo, *in dict. l. 11. num. 1.* Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 27. Tauri, num. 9. vers. Tertió ex eijsdem verbis infertur ad maioratum ex Regia licentia, & omnibus bonis testantis institutum, vt in eo lex non procedat, neque forma substitutionis necessario sit seruanda:* & ex professo lo dispuso y defendio esta opinion Velazquez de Auendaño *in l. 40. Tauri, gloss. 1. á num. 53. vsque ad num. 96.* adonde respondio y satisfizo a todos los fundamentos de contrario, idem tenet Pater Molina, *de iust. & iur. tractat. 2. disposit. 609. n. 6.* Mieres, *de maiorat. in initio primæ partis á num. 92. vsque ad num. 102.* adonde la resuelue Ioan. Gutierrez, *lib. 2. quæst. 67. per totam,* Angulo, *de meliorat. in l. 11. gloss. 4. nu. 12.* Dom. D. Christophar. de Paz, *in l. 200. stilij á num. 30.* Villadiego, *en la forma de libelar. num. 203.* en la diferencia que pone del mayorazgo hecho cõ facultad, o sin ella, Robles de Salcedo, *de repræsentat. lib. 3. cap. 5. num. 5.* Dom. D. Ioan. á Castillo, *quotid. lib. 4. cap. 36. à num. 24. & in lib. 5. cap. 145. num. 31.*

Num. 56. *Quando el mayorazgo se funda en virtud de facultad Real puede el padre llamar a estraños, y preferirlos a los transuersales, sin guardar el orden de la l. 27. de Toro.*

La razõ entre otras es, porque la causa de q̃ la *l. 27. de Toro* requiere que precisamente se ayan de llamar por su

Num. 57. *Redditur ratio.*

su orden, y en primer lugar a los descendientes, viene a ser porque entre ellos el tercio es legitima; pero quando precede facultad Real, y en virtud della se instituye mayorazgo, dexandoles dotes, o alimentos, que sucedé en lugar de las legitimas, entonces el tercio no se considera por legitima, antes los hijos y descendiẽtes se juzgan por estraños, y mucho mas bien los demas parientes, segũ sobre semejante estatuto lo prueua Tiraquello, *de primogen. quæst. 53. num. 15.* Dom. Molina, *d. lib. 2. cap. 11 num. 15. & 16.* Auendaño, *vbi supra, num. 58.* Ioannes Gutierrez, *dict. lib. 2. quæst. 67. num. 1.* vers. *Nihil omnibus*, ibi: *Non obstant ex aduerso probata, quoniam primum fundamentum cessat, eo quod relictis alimentis competentibus filijs, quæ in locum legitimæ subrogantur, vt laté idem Molina, probat dict. lib. 2. cap. 15. num. 2. illud, ex quo maioratus instituitur, iam non est legitima, consequens igitur est, vt in eo ordo, dict. l. 27. quæ loquitur in tertio, quod est legitima respectu extraneorum, non sit seruandus: quinimo filius exclusus à facultate Regia assignatis sibi alimentis, seù dote competenti, tanquam extraneus censendus est, secundum Bart. in l. 1. §. sciendum, num. 3. ff. de suis, & leg. hæred. sequitur alios referens Dom. Molina, lib. 2. cap. 11. num. 15. Ergo cum eo, quia reputatur iam extraneus, non est seruandus ordo, dict. l. 27. Tauri, quia respectu extraneorũ nullus ordo assignatus inuenitur.*

Num. 58. *Tambiẽ dan otras razones los Dotores, & maximè, vna, ab absurdo vitando, que se pondera en la specie del caso deste pleyto.*

Tambien dan otras razones absurdo vitando, y en particular como lo fuera el excluyr a los Clerigos y Religiosos, Frayles y Monjas, segun los excluyò en el caso presente el fundador, porque no los pudiera excluyr, y sucediera doña Madalena de Santacruz su nieta, Monja Professa, y el Conuento por su cabeça, con que no venia a tener derecho assimismo don Iuan de Aguayo: y si el fundador del mayorazgo con facultad no pudiera excluyr a la dicha Religiosa, por ser nieta, y descendiẽte, si no que precisamente la auia de auer llamado, fuera vn absurdo muy grande: assi lo dixo el señor Luys de Molina, *dict. lib. 2. cap. 11. num. 16. vers. 4. quia si ordo assignatus à l. 27. Tauri, seruandus esset in maioratu ex Regia facultate instituto, plura absurda sequerentur: nàm non posset parens post vocationem, &c.* ibi: *Nec posset etiam filium Clericum, vèl Religiosum, nec furiosum, nec mutum, & surdum, nec filiam propter masculos à maioratus successione excludere, quod absurdissimum, & veluti*

& veluti mōnstruūm esset, &c. porque todos cōfiessan, que puede excluyr a los dichos Clerigos y Religiosos quādo el mayorazgo se funda con facultad Real: & maximè vltra Dom. Molina, *lib.2.cap.12.num.*55. Gutierrez, *Canonic.quæst.cap.*25.*num.*6. Pater Molina, *de iust. & iur. tom.*3.*disputat.*612.*num.*12. Pater Thomas Sanchez, *de Religioso statu, lib.*7.*cap.*15.*num.*6. nouissimè Dom. Perez de Lara, *in compendio vitæ hominis, cap.*30. *de virilitate, & agnat. num.fin.* vers. *Vbi autem maioratus.*

Medium Secundum.

¶ Sea el otro medio, aunque supusieramos que el mayorazgo no se huuiera hecho en virtud de facultad Real, ni vsado della, porque la facultad Real para fundar el dicho mayorazgo se concedio a marido y muger, y al Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, lo fundò por si, y por doña Ynes de Mercado su muger, de los bienes de ambos, que la mayor parte dellos, o casi todos, venian a ser de doña Ynes de Mercado, porque por el año de que es quando se casò, lleuo en dote mas de ducados, que en aquellos tiempos era muy grande hazienda, y de todo lo demas le pertenecio la mitad por bienes ganānciales, *ex l.* 203. *del stilo, hodie l.*1.*tit.*9.*lib.*5. *Recopilat.* Y no siendo como no es pariente don Iuan de Aguayo de doña Ynes de Mercado, ni en manera alguna de su familia, viene a ser totalmēte extraño, y respeto de los bienes de la dicha doña Ynes de Mercado no puede dezir don Iuan de Aguayo que es de la familia, ni pariente en grado alguno de cōsanguinidad, y que don Ioseph no lo es, ni valerse de la *l.* 27. *de Toro.*

Num. 59. *El segūdo medio procede aunque el mayorazgo no se huuiera hecho en virtud de facultad Real*

Num. 60. *El actor en la sucession deste mayorazgo, respeto de los bienes de doña Ynes de Mercado, se ha de juzgar por estraño.*

Y lo mismo procede en quanto al quinto de los demas bienes que quedā, sacada la dote, y mitad de multiplicado, perteneciente a la parte del marido: porque la *l.*27.*de Toro* no procede en quanto al quinto de que el Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz pudo disponer libremente, y con los grauamenes y condiciones que quiso, y llamar a extraños, y a quien le pareciesse: prout tenent & probant Matienço *in l.* 11. *tit.*5. *lib.*5. *Recopilat.*

Num. 61. *Tambien se ha de tener por estraño, respeto del quinto de los bienes del fundador.*

Recopilat. gloss. 1. num. 2. Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 27. Tauri, gloss. 1. num. 7. & 8.* Angulo, *in dict. l. 11. gloss. 1. nu. 2.* Mieres, *de maiorat. in initio primæ partis, nu. 100. & 101.* vers. *Præterea, lex 27. loquitur solum in tertio, non etiam in quinto, &c.* Dom. D. Ioannes á Castillo, *lib. 5. cap. 100. n. 2. 3. & 4.*

Num. 62. *El actor, respeto de la mayor parte, o casi todos los bienes del mayorazgo, es estraño.*

Demanera que don Iuan de Aguayo en quanto a la mayor parte, o casi todos los bienes deste mayorazgo, es persona estraña, y de diuersa familia, y padece, no solo el mismo, si no mayor defeto que el que opone contra don Ioseph, porque aunque doña Maria de Mercado su abuela fuera, como de contrario se pretende de extraña familia, tuuierõ causa justa los fundadores para su llamamiento, y don Iuan de Aguayo ni su abuelo no lo tuuieron en manera alguna para llamarlos en los bienes de doña Ynes de Mercado, de quiẽ no eran deudos, ni parientes, ni auia causa sobre que cayesse recõpensa ni remuneracion como la que huuo, respeto de doña Maria de Mercado, como se dirá mas abaxo.

Num. 63. *Opponitur de contrario, quod ex vi vnionis, por ser el mayorazgo indiuiduo bastaua que respeto del tercio el actor no sea estraño, si no de la familia.*

Y no impedirá si de contrario se dixere por parte de don Iuan de Aguayo, que aunque respeto de la mayor parte de bienes se deue juzgar por extraño, basta que respeto del tercio de bienes pertenecientes al Licẽciado Diego Rodriguez de Santacruz no sea extraño, si no de su familia, y a quien deuio llamar y preferir, segun la *l. 27. de Toro*: porque quando el padre funda vn mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, aunq̃ en solo el quinto pudo llamar a qualquier estraño, sin embargo, si deuiendo llamar por su orden, conforme a la dicha ley, a los descendientes, y ascendiẽtes, y transuersales, no lo hiziesse, si no que llamasse nominatim a vn estraño, no se ha de diuidir el quinto, si no que ha de gozar de todo el enteramente, el descendiente, ascendiente, o transuersal, que ha de ser admitido en competencia del extraño, y gozar del vinculo del tercio y quinto, *ex vi vnionis*, porque al tercio, por ser lo mas principal, está vnido el quinto, que es lo menos, y el mayorazgo es indiuiduo, *& in indiuiduis, quod est principale, & magis dignũ trahit ad se accessorium, & minus dignum*, y por las demas causas y fundamentos que juntó el señor don Iuan del Castillo, *dict. lib. 5. cap. 100. per tot. maximè á nu. 13.* desde dõde lo

lo resoluio en la forma referida, y el señor Perez de Lara, *in compendio vitæ hominis, cap. 30. num. 122.* donde dixo, que era la mas verdadera opinion.

A lo qual se responde, que antes por los mismos fundamentos que trae el señor don Iuã del Castillo es preciso confessar que en este caso, aunque don Ioseph fuera de estraña familia, y don Iuan de Aguayo de la familia del fundador, respeto del derecho del tercio auia de suceder en todo el mayorazgo don Ioseph, y no don Iuan de Aguayo, porque lo principal y mas considerable es la hazienda tocante a doña Ynes de Mercado, pues la dote, y mitad de lo demas por multiplicado, y el quinto de que pudo disponer libremente el Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, es la mayor parte, y casi toda la hazienda del mayorazgo, y el tercio viene a ser la parte menos principal, y de poca consideracion, y como accessoria: y assi se ajusta a todos los fundamentos del señor don Iuan del Castillo, que despues de auer dicho en el nu. 14. y 15. que el tercio es la mayor parte, y el quinto la menor parte, y que el mayorazgo de su naturaleza es indiuiduo, y que no se deue separar: *Quia in indiuiduis, & in hijs quæ sui natura diuisionem ac separationem non recipiunt, vtile, per inutile vitiatur, ex doctrina Bart. in l. græce, §. illud, num. 2. ff. de fideiussor. & quod in indiuiduis maior pars potentior, & dignior trahit ad se minus dignũ, & quod non potest vna eademque res diuerso iure censeri, l. eum qui ædes, in fin. de vsucap. l. nàm absurdum, ff. de bon. libert.* dize en el *nu.* 18. *Idque ex alio etiam, nàm cum vinculum ex tertio & quinto bonorum simul instituitur, cõsiderabilis magis, & principalior pars reputatur tertium, dignior etiam, & potẽtior, vt ad se trahat quintum, & efficiat quod eijsdem regulis, & cõditionibus gubernetur, quibus tertium ipsum, ex decis. dict. l. 27. Tauri, gubernatur, quintum autem minus principalis pars est, & veluti accessoria tertij in quo contineri, Ioannes Gutierrez, practicar. lib. 3. quæst. 57. nu. 4. cum alijs authoribus scripsit, atque ita assumit naturam sui principalis tertij, scilicèt, & mutat suam, & regulatur secundum illud, vt de eo idem censeatur, quod de tertio, l. 1. si sub conditione, ff. vt legat. nomen caueat. l. sub conditione, §. fin. ff. de bon. poss. contra tab.* Et inferius, *num.* 19. ibi: *Atque ita (vt dixi) tàm ex iuris ratione, quàm & dispositione, atque ex præsumpta voluntate dis-*

Num. 64. *Satisfaze a la oposicion de contrario, y con las mismas reglas y dotrinas funda, que el actor deue ser auido por estraño, respeto de la sucession de todo el mayorazgo.*

ponentis tertium trahit ad se quintum, vt qui in tertio successurus sit, succedat quoque in quinto, nec quintum ipsum á tertio separari possit, sed potius sit eiusdem iuris cuius est principale, &c. Et infra eodem num. ibi: *Ea est vnitorum, & vnionis natura, vt vnita redducat ad eandem essentiam, ita quod vnum non possit ab altero diuelli, nec separari, l. in rem, §. item quæcumque, ff. de rei-uind. & quod adiungitur, siuè vnitur alteri accessorie, assumit naturam rei principalis, vt in specie probat l. fin. C. de alubionibus, Bald. etiam in l. 2. C. comm. delegat. num. 1. multumque ad propositum nostrum ex illo textu deduxit, atque notauit, quod in vnitis dignius trahit ad se minus dignum, itẽ quod plurimum potest, quod trahit ad se, quod minimum potest, & communicat illi suam propriam dignitatem, & priuilegia, & hoc quando veniunt in vnam essentiam, & virtutem, &c.*

Num. 65. *Que en especial cõcurre otra razon y causa en este caso.*

Y mucho mas bien deue proceder lo referido quando concurre, que el estraño que fue especialmente llamando, era persona a quien los fundadores tenian que remunerar y gratificar, como en el caso presente, donde confessó el fundador por el codicilo cõ que murio, que les auia importado mucho el caudal de la dicha doña Maria de Mercado para adquirir los bienes de que se fundò el dicho mayorazgo, y que por esta causa, y auer sido la voluntad suya, y de doña Ynes de Mercado, la llamó al mayorazgo: porque en este caso, demas de ser la principal y mayor parte đ bienes tales, en quiẽ pudieron llamar a la dicha doña Maria, y sus descendiẽtes, y excluyò el dicho don Iuan de Aguayo, y a los suyos, aunque no fuera el mayorazgo instituydo en virtud de facultad Real, se allega la dicha causa de remuneracion, que es tan poderosa en el prudente arbitrio del juez, que le puede mouer en fauor del llamado, contra la fuerça de la vnion del mayorazgo, que esta es vna singular limitacion que trae a la opinion del señor don Iuan del Castillo, el señor Perez de Lara, *in compendio vitæ hominis, dict. cap. 30. num. 120.* de que se haze argumento fuerte, porque la limitacion es en fauor del llamado, y dá la razon, ibi: *Quia sola ratio remunerationis præponderat vnioni quinti ad maioratum, siquidem ob remuneratione͂ possunt bona maioratus alienari, Mieres, de maioratib. 4. part. quæst. 1. limitat. 3.*

Y no

Y no obstan las palabras de las clausulas dela fundacion arriba referidas al principio deste discurso, dum ita dixit. *Hago, y quiero que valga, &c. por via de mejora de tercio y quinto de todos los dichos bienes lo que por esta via se puede sustentar, y valer, assi de mis bienes, como de los de la dicha mi muger, o por via de patronato, para que sea mas firme, y los bienes enagenables; y lo que por esta via no se pudiere sustentar, y valer, valga y se sustente por via de mayorazgo y vinculo en virtud de la dicha licencia que aqui và incorporada, o inserta, e por aquella via que mejor de derecho lugar aya, y mejor se pueda sustentar, e valer, y hazer los dichos bienes mas enagenables y perpetuos, &c.* Porque (demas de quedar respondido a ellas con este segũdo medio) la verdadera inteligencia y sentido de las dichas palabras no es, que quiso para en quanto a los llamamientos, que el mayorazgo fuesse por via de mejora de tercio y quinto, ni sugetarse para ello a la *l.27. de Toro*, si no solo para en quanto a hazer los bienes mas enagenables, y de perpetuo vinculo y mayorazgo, y fue buscando los modos mas firmes para que no se pudieran enagenar, porque como grã jurista y Letrado que era sabia la opinion de los que constituyeron diferencia entre el mayorazgo fundado del tercio y quinto sin facultad Real, y el que se fundaua con ella, y que los de la dicha opinion deziã, que los bienes del mayorazgo instituydo con facultad Real, el Principe los podia mandar enagenar sin causa, y conceder facultad Real para ello: pero los bienes del mayorazgo, fundado sin facultad, no los podia mandar enagenar sin causa legitima, ni alterar ni mudar en cosa alguna: que los desta opinion fueron el señor Presidente Couarr. *lib.3. variar. cap.6. num.1. & 9. vers. Quarto hinc quæritur, &c.* Burgos de Paz, *in procemio legum Tauri, num.325.* Dom. Gregorio Lopez, *in l.3. tit.13. partit.6. gloss. verbo, mugeres, col.9. vers. Si veró maioria sumpsit vires á Regia licentia, & facultate, &c.* cuyos fundamentos juntó el señor Luys de Molina, *lib.4. cap. 3. á num.7. vsque ad num.10.* que aunque fue de contraria opinion confessò por comun la del señor Presidente Couarruuias, que le dio mucho en que entender, vt videre est *á num.10. vsque ad num.27.*

Num. 66. *Que no obsta la clausula de la fundacion arriba referida al principio deste discurso.*

Num. 67. *Dasele el verdadero entendimiento a las palabras de la clausula.*

Num. 68. *Solo fue a fin de hazer los bienes mas enagenables, no en orden de sugetarse a la ley en quanto a los llamamientos.*

Num. 69. *El fundador como Letrado sabia la opinion de los que constituyeron diferencia del mayorazgo por via de tercio y quinto, sin facultad a el que se haze cõ ella, para en quãto a que los bienes sean mas enagenables.*

Y tambien el fundador sabia, que siendo por via de patronato

Num. 70.

Lo mismo procede en el mayorazgo hecho por via de patronato.

Num. 71.
Con las palabras vltimos de la clausula manifestò el fundador su intento, que fue solo de buscar el modo mas firme de perpetuydad, y que los bienes quedassen mas enagenables.

patronato passaua con mas seguridad y firmeça la prohibicion de enagenacion, y sin riesgo de confiscacion, vti probat Dom Ludouicus á Molina, *lib. 4. cap. 11. num. 2.* y asi dixo el fundador, *o por via de patronato.* Y finalmente concluye. *E por aquella via que mejor de derecho lugar aya, y mejor se pueda sustētar, y valer, y hazer los dichos bienes mas enagenables y perpetuos.* Con que se manifiesta mas claramente el intento y voluntad del fundador, y lo que el fundador dixo solo para efeto de que cō mayor firmeça los bienes quedassen enagenables, y en orden de mayor perpetuydad del dicho mayorazgo no se puede entender contra su intencion y voluntad expressa, a lo tocante a los llamamientos que hizo, porque la dicha clausula viniera a prouar vltra intentionem agentis, y de la causa limitada a que parece se restringio de hazer la prohibicion de enagenacion, y perpetuydad mas firme, siendo la regla vulgar, *quod actus agentis, nunquam vltra eius intentionem operari debet, l. non omnis 19. in princip. ff. si cert. petat.* Anton. Monacho, *decis. Lucens. 14. numer. 41.* Stephan. Gratian. *tom. 5. cap. 948. num. 38. & quia limitata causa, limitatos debet producere effectos, vulg. l. in agris, ff. de adquir. rer. dom. l. cancellauerat, ff. de his quæ in test. debent. l. cum pater, §. dulcessimis, ff. de legat. 2. l. age cum geminiano. C. de transact.* exornat Gabriel Aluarez de Velasco, *in axiomat. liter. C. numer. 48.*

DISCVRSO SEXTO.

Num. 72.
Para dezir que el reo y su padre hizieron injuria a los fundadores presupone el actor, que son descendientes, y de la familia de los fundadores.

ESte discurso sexto, y los demas siguientes, son de la clase tocante a la segunda parte del argumento propuesto en el num. 3. por parte de don Iuan de Aguayo, con el presupuesto de que don Ioseph sea descendiente, y de la familia de los fundadores, porque dize, que si es de la familia hizo injuria a los fundadores en negarlo, y prouar siniestramente que era de otra familia, en que cometio delito en deshonor y menosprecio de los fundadores, pues con ello dio ocasion a que dudasse el vulgo de la mucha nobleza y limpieça de la familia de los susodichos, con lo qual vino a quedar indigno.

Y lo prouarà, porque demas que es delito mudar, y hazerse de otra familia, y dexando la suya propria tomar el nombre, armas, o apellido de familia estraña en orden de ser mas clara, o noble, ex his quæ latè tradit Tiraquell. *de nobilit. cap.* 13. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 1318. *a num.* 19. *maximè in num.* 25. & multi ex interpretibus super *l.* 1. *C. de mut. nomin.* el heredero, o sucessor en el mayorazgo haze injuria, redundando en perjuyzio y menosprecio de la fama del difunto testador, o fundador, *l.* 1. §. *& si fortè cadaueri defuncti fit iniuria, ff. de iniur,* ibi: *Idemque est, & si fama eius cui hæredes extitimus lacessatur,* adonde la glos. ver. *lacesatur vertit, id est, ab aliquo diminuatur,* & in argum. text. in *l. si inimicitiæ* 9. *ff. de his quib. vt indig. vers. Si autem status ei controuersiam monit, &c.* Y que sea delito de injuria, lo vino a confessar, aunque de contraria opinion de lo que se pretende el Doctor Pedro de Peralta, *in l.* 3. §. *qui fideicommissam, ff. de hæred. numer.* 9. ibi: *Sed ita est in proposito, quod iste excessus lacesendi, vel sugilandi famam talis defuncti, id est, primi maioratum stabilientis habet inesse delictum, quia tendit ad contumeliam, & iniuriam illius defuncti, vt in l.* 1. §. *& si fortè, de iniur. &c.*

Num. 73. *Delito de injuria es cõtra el difunto dezir, o hazer cosa alguna contra su fama, o que redũde en su menosprecio.*

Y que este genero de injuria, ò ofensa sea bastante para hazer indigno al sucessor del mayorazgo, y priuarle del, probat Dom. Molin. *de primogen. lib.* 1. *cap.* 9. *á num.* 43 *maximè num.* 45. contra Peralta, siguiendo a Andreas Siculo, Barbacia, ibi, vbi inquit: *Hæredem lacerantem famam defuncti, qui illum hæredem instituit esse hereditate priuandum tanquam indignum,* y le siguio assimismo Aluarado, *de coniect. mente defuncti, lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 28. *vers. Manat etiam ex proximè dictis, nam ob lacessitam testatoris famam, &c.*

Num. 74. *Dirà tambien la parte del A. que por tal delito de injuria se haze indigno el sucessor del mayorazgo.*

La razon se dirà de cõtrario, que es, porque si viuos los fundadores, se huuieran fecho don Ioseph, o su padre de otra familia, dexando la de los fundadores, llano es que les causara indignacion y odio, y que por el mismo caso no quisieran que sucediera en el mayorazgo, y esta causa de ingratitud que era bastãte para que el testador en vida les quitasse la sucession, quiso la ley lo fuesse, para que despues de muerto le hiziesse indig-

Num. 75. *Y se darán de contrario las razones y causas que aqui se refierẽ.*

 no,

no, como dixo Bart. *in l. 1 .ff. de ijs quib. vt indign. quia si viuo difuncto hoc fecisset, ipsum ad iracundiam prouocasset, ergò idem post mortem*, y el mismo argumento hizo la glos. vers. *Sed quid, in l. fideicommissum 27. C. de fideicom.* diziendo que entonces non debetur fideicommissum ex tacita contraria voluntate: y assi quando la ofensa la haze el sucessor despues de muerto el fundador, entonces quiere la ley que se haga lo que presume que el testador haria si viuiesse por la razon que dio Peregrino, *de iure fisci, lib. 2. tit. 8. de ingratis versus defunctos, num. 9.* ibi: *Cum verò ofensa contingit post illius mortem, quo tempore defunctus non habet velle, nec nole, l. 1. C. de Sacrosant. Eccles. æquissimum fuit, vt lex subeniret aduersus ingratos, vt formidine pœnæ in officio maneant, & sic Ias. sentit in l. sororem, col. vltim. C. de his quib. vt indig.*

Num. 76. *Finalmente dirá el A. que no solo basta para priuar de la sucession del mayorazgo el odio expresso, si no tambien l presunto.*

Y dirà tambien la parte de don Iuan de Aguayo, q̃ en tal manera es verdad lo referido, que no solamente es bastante el odio expresso, para que como odioso al testador no suceda aunque tenga llamamiento, *l. Lutius, § Lutius Titius Damam. ff. de leg. 2.* Surdo, *decis. 41. nu. 1. & 2.* Simon de Pretis, *de interpret. vltim. vol. fol. 59. n. 13. & fol. 75. nu. 48.* Vicencio Fusar. *de fideicom. subst. quæst. 317. nu. 6.* si no tambien el odio presunto, Ias. *cons. 124. num 5. lib. 4.* Surd. *d. decis. 41. num. 3.* & Vicenc. Fusar. *num. 7.*

Num. 77. *Contrarium tenendum est in præsenti, y lo promete fundar, yendo cõ el presupuesto q̃ quiere la parte del A.*

Sed his & alijs, si alia ex aduerso excogitari possunt, non refragantibus, se salua y euade todo lo que de contrario se ha traido, yendo sin perjuyzio de la verdad con el presupuesto tantas vezes repetido, de que la parte de don Iuan de Aguayo elija el hecho que quisiere, o que don Ioseph sea viznieto del Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz, y de doña Ynes de Mercado, o que no lo sea, si no lo es cessa todo lo referido, que tiene por principal presupuesto que fuesse tal uiznieto delos fundadores, pero si en realidad de verdad lo era, tambien dezimos que no impide considera lo siguiente.

Num. 78. *Tal motiuo se deue presumir en el R. que excluya el animo de auer*

Lo vno, que caso que don Iuan de Robles Sãtacruz, padre de don Ioseph huuiesse dado por sus abuelos maternos a don Francisco de Saauedra, y a Beatriz de Lebron le daria ocasion para ello la clausula del codicilo,

lo,y el informe de algunas personas antiguas para hazerlo con sensillez,y buena fee,entendiendo que fuesse cierto, y que aquello seria la verdad, y no en orden de hazer injuria,ni dexar la linea de los fundadores,ni tal se deue presumir si no se prueua, ex vulgata *l.merito, ff. pro socio.*

...uerido injuriar, ni ofender si no se prueua.

Num.79.

La familia de ambos fundadores era muy ilustre, y clara, y por aquella parte el padre del R. no mejoraua de calidad,limpieza,y legitimidad,y assi no tuuo causa para que en menos precio della la dexasse,y tomasse otra.

Mayormente no auiendo tenido causa para mudar y dexar la dicha linea, pues no mejoraua de calidad, limpieza y legitimidad,porque la linea de los fundadores era y es por via de legitimo matrimonio, lo qual cessaua en la otra linea: y en quanto a la calidad y limpieza no es mejor la de los dichos don Francisco,y Beatriz de Lebron,que la de los fundadores, porque el Licenciado Diego Rodriguez de Santacruz era muy noble,e Hijodalgo notorio,y executoriado, y de familia por mas conocida en aquella tierra por Caualleros Hijosdalgo,y de los ganadores della,y del primer Alcalde mayor de la ciudad de Baza, y la dicha doña Ynes de Mercado,porque assimismo era de prosapia muy limpia y clara,y no menos noble, por ser de los del Andaluzia,y descendiente de don Iuan Alonso de Mercado, vno de los mas poderosos Caualleros que fueron en tiempo del señor Rey don Enrique el Tercero, segun lo refiere mas largamente Argote de Molina en la nobleza del Andaluzia, *lib.2.c.162.*

Num.80.

El A. auia de auer prouado el dolo,fraude, y malicia en el padre del R. y que auia tenido causa para cometer el delito que pretende.

Y assi para que huuiera cometido delito, se auia de auer prouado que el dicho don Iuan de Robles huuiera fecho lo que de contrario se alega,y que huuiera sido con dolo y malicia,y por causa de mejorarse de linea,o por huyr della en menos precio de los fundadores que si viuiera les pudiera causar odio, y que fuera en perjuyzio suyo, y de su buena reputacion y fama, por que en otra manera no se presume delito, ni corren las dotrinas que de contrario se han traido, prout tenet Menoch. *de arbitr. dict. casu 318.num.26.y 27. vers. Quod ego intelligo modo non sit fraude factum ad alterius detrimentum, &c.* Farinac. *de falsit. & simul. quæst. 150. part. 5. n. 144.* per text. & glos. vers. *Sine aliqua fraude, in l. 1. C. de mutatione nominis.*

Num.81.

Lo otro,porque aunque cessara lo referido, es assi que

Y aunque faltasse lo dicho, la opinion del señor Molina tiene gran contraditor, como es Peralta, que fundò la suya neruosamente, y en caso de duda, y opiniones encōtradas pro reo iudicandum est.

que la opinion del señor Molina tiene muy grande cōtradictor, como lo es aquel insigne Catedratico de Prima el Doctor Pedro de Peralta, *in dict. l. 3. § qui fideicōmissam, ff. do hæred. inst. a num.* 87. *vers. Sed quæstio reducitur ad hoc punctum, an committens eiusmodi causam ingratitudinis ob lacessitam famam eius qui illum maioratum stabiliuit post mortem inquam ipsius, &c.* El qual disputò la questiō ex professo, y con muy validos fundamentos resoluiò que al posseedor de el mayorazgo no se le deuia priuar de la sucession del por causa de ingratitud, e injuria, ò ofensa fecha despues de la muerte del fundador contra su reputacion y fama, por que en el derecho no viene auer determinacion en que se le priue de la sucession del mayorazgo como a indigno del, y en caso de semejante duda por opiniones encontradas de Doctores de tanta grauedad y eminencia se ha de juzgar en fauor de el reo, ex vulgari regula, *quod in dubio pro reo indicandum est.*

Num. 82.

La opinion del señor Molina se ha de entender segun el Doctor q̄ alega, y en los terminos del caso que refiere que cessan in præsenti.

Lo otro, que quando se aya de estar a la opinion del señor Luys de Molina, se ha de entender conforme al caso que refiere a Andres Siculo de Barbacia, *in cons.* 20 *lib.* 1. que es el Doctor cuya opinion sigue, y de quien dize Peralta, *in dict. § qui fideicommissam, num.* 91. *quod ibi præsuponit Andræas Siculus absque fundamento: quod hæres qui lacerat famam defuncti, meretur tanquam indignus priuari hæreditate, in qua successit, sed termini in quibus loquitur, sunt quando talis actus vituperationis famæ fieret in iudicio, id est, in actis iudicialibus (sed vt dixi nihil allegat) & fortè habuit respectum ad aliquod statutum, &c.* Y los terminos deste caso deste pleyto no es en manera alguna en que judicialmē te se aya vituperado a los fundadores, ni dicho por autos judiciales cosa alguna contra la reputacion y fama de los fundadores.

Num. 83.

El señor Molina restringio su opinion sola vna causa grauissima de ingratitud, o delito de injuria que se vuiesse prouado auer hecho

Lo otro, porque el señor Molina se limita, y restringe la opinion a que solo procede en caso de que la causa de ingratitud, o delito de injuria fecho al fundador sea grauissima, y cometida de proposito, y a fin de ofenderlo, vt est videre in dict. *cap.* 9. *num.* 55. *vers. Prædictæ autem*, ibi: *Id est, hæc nostra opinio tanquam verior, atque probabilior sequenda est: eo tamen semper obseruato, vt nō temere,*

sed

sed ex causis grauissimis, ex propositoque, non leuiter, nec iocose à maioratus successore aduersus institutorem eiusdem, obiectis, ad successionis maioratus priuationem procedatur. Et in præsenti no està prouado que se hiziesse de proposito en oposicion de los fundadores, y con las causas de grauedad que requiere el señor Molina que proceda su opinion.

el sucessor al difunto, quod cessat in præsenti.

Lo otro, y es en tanto grado concluyente, que no necessitaua de mas discurso ni respuesta, que es, porque lo que pretende la parte de don Iuan de Aguayo que se hizo en la prouança de la linea para la Familiatura, y el Abito de Santiago, no fue accion de don Ioseph de Robles Santacruz, si no de don Iuan de Robles su padre, en tiempo de que el dicho don Ioseph era de poca edad, y estaua de baxo de la patria potestad, y este es hecho fixo, e indubitable. De que resulta, que la causa de ingratitud, o injuria fecha por el dicho don Iuan de Robles Santacruz (dado que fuesse cierto) no prejudica al dicho don Ioseph su hijo, ni le priuaua del dicho mayorazgo: y aunque lo huuiera hecho el dicho don Ioseph, no passaua el mayorazgo a don Iuan de Aguayo, ni a otro alguno de otra linea, si no al siguiente en grado de la misma linea, que viene a ser de los hijos y descendientes de don Ioseph: porque la priuacion del mayorazgo en este caso auia de ser personal: vti aduertit in terminis ipsemet Dom. Molina, *dict. lib. 1. cap. 9. num. fin.* ita dicens. *Id tamen obseruandum erit, quod quoties in hoc capite diximus maioratum ex causa ingratitudinis, vèl inimicitiæ subsequuta reuocari; id solum, quo ad illum, qui causam ingratitudinis commissit, non autem quo ad sequentes intelligendum erit, ex facto namque eorum, qui primò loco vocati sunt, non potest posterioribus præiudicium irrogari, l. peto, §. fratre, cum similibus, ff. de legat. 2. &c.* Mieres, *de maiorat. part. 2. quæst. 4. illation. 1. num. 18. & 19.* y dà la razon. *Quia ingratitudo patris, non est ingratitudo filij, secundum Bald. in l. maximum vitium, num. 15. C. de liber. præterit. per textum, in l. Diui fratres, ff. de iur. patronat. & priuatio filij, non est priuatio nepotis, secundum eundem Bald. ibi, per l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. & l. qui in aliena, §. interdict. de adquirend. hæred.* alia etiam iura allegat nouissimè additionator ad Dom. Molin. *dict. lib. 1. cap. 9. num. fin.*

Num. 84.
Con el mismo señor Molina se resuelue, que en qualquier acontecimiento que fuera no prejudica al reo la ingratitud, o injuria hecha por su padre, ni la hecha por el reo a sus hijos, quia tùnc priuatio est personalis, & non linealis.

num. fin. & probatur ex textu *in l. 2. §. nullum patris delictum innocenti filio pœnæ est, ff. de decur, l. si quis suo 33. §. legis, versic. Cùm enim infantem non posse ingratum, &c. C. de inofficios. testam.* ibi: *Hoc enim iniquum iudicantes, vt alieno odio alius prægrauetur.*

DISCVRSO SEPTIMO.

Num. 85. *Por testigos, y vista de ojos, està prouado que el reo y su padre han conseruado siempre las armas y apellido del fundador.*

NO parece que es necessario embaraçarse sobre lo que se ha pretendido fundar en este discurso, porque el hecho que resulta aueriguado, assi por vista de ojos, como por prouança de testigos, es, que el padre de don Ioseph de Santacruz Robles, ni el susodicho, no han mudado, ni dexado las armas y apellido de los Santacruzes, porque en la vista de ojos que se hizo con Maestros de canteria, y peritos en el arte, se vido como en las casas principales, en la portada, y dé tro dellas, estauan las dichas armas de los Santacruzes fechas del tiempo de los fundadores, y reformadas en la misma forma por don Iuan de Robles Santacruz, padre del dicho don Ioseph, el qual por estar viejas y maltratadas las hizo reformar y refrescar, dexádo los quarteles en la misma forma. Y assimismo está aueriguado, que siempre se han llamado el apellido de Santacruz.

Num. 86. *Aunque no huuiera guardado el grauamen, era necessario requerimiento y declaratoria para poderles priuar del mayorazgo.*

Pero a mayor abundamiento, quando esto huuiera cessado en algun tiempo, ninguno dellos perdia ipso iure el dicho mayorazgo, por no auer guardado el grauamen de armas y apellido, si no que primero auia de ser requerido, porque para que la contrauencion dañe se requiere sea ex proposito, & cum perseuerantia, y sobre ello auia de auer sentencia declaratoria, Dom. Molina, *lib. 2. cap. 14. á num. 13.* Aluarado, *de coniect. ment. defunct. lib. 2. cap. 1. §. 1. num. 23.* Ludouis. Casanate, *cons. 9. á num. 25. & num. 26. tenet, quod necesse est, quod legitimè facto processu super contemptu oneris, sententia, declaratio, & priuatio subsequatur, & quod sola monitio non sufficiat,* Dom. D. Ioan. á Castillo, *cap. 115. num. 20. & 21.* Mayormente que el grauamen de armas y apellido, potius admodum, quám ad conditionem referendum est, prout tenet idem Dom. Molina, *dict. lib. 2. cap. 12. num. 11.* auiendo dicho en el *numer. 4.*

mer.4. que el modo no impide, ni suspéde, ni priua ipso iure, y assi era necessario requerimiento, quia ad priuationem incurrendam requiritur monitio, seú interpellatio; secus quoad moram, & interesse: laté probat ex multorum copia Mieres, *de maiorat. part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 192. 193. & 194.* Stephan. Gratiano, *tom. 4. cap. 798. numer. 10.*

Y lo que mas es, que en qualquier acontecimiento el mayorazgo no passaua a don Iuan de Aguayo, si no al siguiente en grado de la misma linea: de suerte, que si don Iuan de Robles Santacruz no auia cumplido con el grauamen de armas y apellido, y que por esso se le huuiera de priuar del mayorazgo, passaua a don Ioseph su hijo, y si don Ioseph su hijo no cumplia, passaua a su hijo mayor, porque la pena de priuacion por causa de cõtrauencion no se extiende al inmediato y siguiente en grado, segun queda dicho, ex Dom. Molina, & alijs, al fin del discurso sexto, & probatur ex *text. in l. adoptibum, §. & celsus, ff. de inj. vocando, l. filius 42. ff. de bon. lib. l. si quis suo 33. §. legis, C. de inofficios. testam l. 1.* ibi: *Sed quia factum tuum filijs tuis obesse non debet, C. de liber. caus. Cephalo, cons. 282. n. 29. & 35. lib. 2. & cons. 497. num. 11. & 12. lib. 4. Anton. Peregrino, de fideicommiss. art. 18. num. 28. & seq. Vincent. Fussario, de fideicommiss. subst. quæst. 575. num. 1. additionator ad D. Molin. lib. 2. cap. 9. num. fin.* vbi talem reddit rationem, ibi: *Neque in arbitrio parentis esse debet, filium, ac eius descendentes proprio facto præiudicare, &c.* ¶ Y en especial es texto expresso la misma clausula de la fundacion del mayorazgo, que dize, q̃ en caso de contrauenciõ de no traer las armas y apellido de Santacruz, passe al siguiente en grado, como se puede ver por la dicha clausula, que dize. *Otro si, con condicion, que el varon que viniere a este mayorazgo tome el apellido de Santacruz por principal, y trayga a la mano derecha las armas de los Santacruzes, que estã esculpidas e insertas en la executoria, y en todos los contratos y escrituras, y cartas mensageras, que firmaren, y en las otras cosas que huuiere de hazer, ponga siempre este apellido, y que el que assi no lo hiziere y cumpliere, por el mesmo fecho pierda el mayorazgo, y venga al siguiente en grado.* Ecce, como la pena de priuacion del mayorazgo es personal, y en caso de contrauencion ha de passar al siguiente en grado,

Num. 87.
Que en caso de auer contrauenido el padre, no prejudicaua al hijo, ni el mayorazgo passaua a los de otra linea, si no siempre al siguiente en grado.

grado, y que no ha de translinear.

DISCVRSO OCTAVO.
Sobre el articulo de la exhibicion.

Num. 88. *De los fundamētos en el negocio principal se infiere que no ay accion para mādar exhibir titulos que exhibidos no pueden aprouechar al actor, ni dañar al reo.*

HActenus de negocio principali, de adōde se desciende, que en quanto al articulo sobre que pretende don Iuan de Aguayo, que el dicho don Ioseph ha de exhibir los titulos de la Familiatura, y del Abito del señor Santiago, de la misma forma que en lo principal no tiene fundamento, accion, ni derecho para ello. Lo vno, porque como queda fundado, quier conste que don Ioseph sea, o no sea descendiēte de los fundadores, no puede obtener el dicho don Iuan de Aguayo en su pretension, y assi que se exhiban, o no los dichos titulos, no le pueden aprouechar: porque de la misma manera que se deue negar la prueua, quando no aprouecha prouado, o no prouado lo que se alega, *l.21.tit.8.lib.2.for.leg.l.4.tit.6.lib.4.Recopilat.*ibi: *Si la razon fuere tal, que aunque la prouasse no le podia aprouechar en su pleyto, ni dañar a la otra parte, el Iuez non reciba la tal prouança, y si la recibiere, que no vala.* Ita eodem modo debet procedere en la exhibiciō del instrumento que exhibido, o no exhibido, no aprouecha en prueua de la intencion para cuyo efeto se pretende, *l. ad probationem 21. C. de probat. & ibi gloss. fin. textus & gloss. in cap. delicti, de exception. cap. cum contingat, in fin. de offic. delegat.* Azeuedo, *in dict. l.4. tit.6. lib. 4. Recopilat.*

Num. 89. *Fūdase, que en qual quier acontecimiēto que fuera el reo, a pedimiento del actor, no deue exhibir titulos ni instrumētos que no son comunes.*

Lo otro, aunque los dichos titulos aprouechassen al intento del actor, no tiene obligacion el dicho don Ioseph de exhibirlos, siendo como es reo demandado, y no siendo como no son instrumentos de los comunes, como el testamento, y otros semejantes: cum regula omnibus nota sit, quod *reus in iudicio conuentus instrumenta sua ædere, & ostendere actori non teneatur*: textus vbi omnes in *l.1.§. ædenda, ff. de ædend. l. qui accusare, C. de ædend.* dum dicit. *Cúm neque iuris, neque æquitatis ratio permittat, vt alienorum instrumentorum in spiciendorum potestas fieri debeat, l. nimis 6. C. de testib. l. cogi. 5. de pet. hæred. cap. 1. vers. Sed ad hoc, de probat. cap. vnic. vt Ecclesiast. Benef. cap. testes, §. qui intēdit 9. quæst. 9.*

quæst.9. Socino, regul.149. 150. & 212. Hyppolito de Marsilis, in l. de minore, §. tormenta, á num. 2. ff. de quæst. Menochio, de arbitrar. casu 499. num. 1. & 2. Valasco, de iure emphit. part. 1. quæst. 8. num. 1. Augustin. de Barbosa, in collectan. in cap. 1. num. fin. lib. 2. tit. 19. de probat. Petr. Syria, lib. 1. pract. forens. quæst. cap. 20. per tot. & in num. 7. reddit rationem, ibi: *Et ratio, qua fundatur hæc communis opinio est, quia actor debet accedere ad iudicium instructus, & paratus, & non debet quærere arma ab á aduersario, &c.*

Finalmente es cosa graue y muy pesada pedir la exhibicion de los titulos que pide el dicho don Iuan de Aguayo, a quien se le puede dezir lo que respondierõ los Emperadores *in dict. l. nimis, C. de testibus. Nimis graue est, quod petis, vrgeri partem aduersam ad exhibitionem eorum per quos tibi negotium fiat.* Ex quibus omnibus, & alijs, altiori iudicio, discursis, & perpensis, se espera que el reo ha de ser absuelto y dado por libre. Salva in omnibus, &c.

Num. 90.
Al actor se le puede responder lo que los Emperadores in l. nimis, C. de testib. que es cosa muy pesada lo que pide en esta parte, y tal que se le deue denegar.

El L. D. Hermenegildo de Roxas.